

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

I

ACTIONES ET JUDICIA

II

LA RÉFORME AEBUTIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 9 Décembre 1902 .

PAR

L. BRUNEAU

JURY D'EXAMEN :

MM. DEBRAY, professeur, *président* ;

ASTOUL, *agrégé* ;

GÉNESTAL, *agrégé*.



COULOMMIERS

IMPRIMERIE PAUL BRODARD

1902



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548414_0007

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

I

ACTIONES ET JUDICIA

II

LA RÉFORME AEBUTIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 9 Décembre 1902

PAR

L. BRUNEAU

JURY D'EXAMEN :

MM. DEBRAY, professeur, *président* ;
ASTOUL, *agrégé* ;
GÉNESTAL, *agrégé*.



COULOMMIERS

IMPRIMERIE PAUL BRODARD

1902

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE SCOLAIRE 1902-1903

DOYEN :

M. EDMOND VILLEY (*, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

EDMOND VILLEY (*, I. ☉), professeur d'*Économie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAILNÉ DES HAYES (☿, A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. ☉, C. ☿, G. O. ☿, C. I. C. ☿, O. ☿, L. ☿), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil*, ancien ministre de la Justice.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public* et *privé* et de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY, professeur de *Droit romain*, chargé du cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

AGRÉGÉS :

MM. ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit romain*.

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français*, d'*Histoire du Droit public français*, et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

ALLIX, chargé d'un cours d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☉), secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ACTIONES ET JUDICIA

LA RÉFORME AEBUTIENNE

PREMIÈRE PARTIE

Actio. — Judicium. — Judicium Legitimum.

CHAPITRE PREMIER

Divers sens du mot *actio*. — *Actio* : procès. — *actio* : formule orale, puis formule écrite.

Le mot *actio* (de *agere*) désigne en première ligne et à l'origine l'activité d'une personne; l'action, dit avec raison Cicéron, est comme le langage du corps : *actio est quasi sermo corporis*; dans un sens plus particulier, l'*actio* est une activité solennelle, soumise à des formes déterminées : c'est en ce sens que l'on dit de l'acteur qu'il agit sur la scène et du magistrat qu'il agit avec le peuple¹.

Si nous nous plaçons sur le terrain juridique, l'*actio* est tout acte efficace d'après la loi, réglementé à l'avance. Un

1. L'opposition, en ce qui concerne ce double sens du mot *actio*, est mise en lumière par Aulu-Gelle (XIII, xvi, § 2 et 3) : « *Ex his verbis Messalae manifestum est, aliud esse cum populo agere, aliud contionem habere. Nam cum populo agere est : rogare quid populum, quod suffragus suis aut jubeat aut vetet; contionem autem habere est : verba facere ad populum sine ulla rogatione.* »

tel acte peut être, en premier lieu, une opération de droit pacifique : l'*actio ex lege*, autrement dit la *legis actio* appartient alors à la juridiction gracieuse, est simplement accomplie par les parties pour la forme, afin d'arriver à un résultat convenu entre elles : émancipation, *in jure cessio*, affranchissement, adoption, etc..... C'est ce que nous montrent deux textes de l'époque classique, l'un pour l'*in jure cessio*, l'autre pour la *stipulatio* :

Gaius, II. 24 : *In jure cessio autem hoc modo fit : apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in jure ceditur rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet ; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit ; idque legis actio vocatur.*

Paul, Dig. L. XVII, t. II, l. 65 pr. : *Actione distrahitur, quum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis.....*

En second lieu, au point de vue procédural, le mot *actio* désigne, sauf une exception pour la *pignoris capio* qui ne présente aucun caractère judiciaire, un ensemble d'actes solennels bilatéraux, accomplis à Rome par des plaideurs citoyens, devant le préteur urbain et en présence de témoins, actes visant à la litiscontestation, c'est-à-dire à l'établissement d'un procès privé légitime ; cet ensemble de solennités comprenait des paroles copiées sur les termes mêmes de la loi qui avait établi l'action, aussi immuables par suite que le texte dont elles provenaient, et, en outre, des gestes convenus et des actes matériels (simulation d'un combat, préhension de l'objet en litige ou apposition sur lui d'une baguette), s'entremêlant avec les paroles des figurants au procès, et se déroulant en une forme minutieusement réglée, imposée sous peine de nullité. Dans cette acception, l'*actio* ou, plus exactement, la *legis actio* était par conséquent le *modus agendi*, le cadre dans lequel se

jouait, en un formalisme étriqué et bientôt insupportable aux Romains, l'activité des parties litigantes. Si l'on fait une exception concernant la *pignoris capio*, dont le caractère extra-judiciaire s'accommode mal du sens que nous donnons aux actions de la loi procédurales¹, il y avait quatre manières d'agir, quatre voies différentes ouvertes aux plaideurs pour la reconnaissance de leurs droits contestés; Gaius nous dit en effet (IV. 12) : *Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per conductionem, per manus injectionem, per pignoris capionem*. Ces quatre modes d'agir étaient, d'après certains juristes (Gai. IV. 29), les seuls qui eussent véritablement droit au nom de *legis actio*, de telle sorte que ce nom, ou, plus brièvement, celui d'*actio*, devint dans le premier système procédural romain synonyme de procès privé².

L'ancien droit exigeait donc des personnes qui voulaient établir entre elles un procès (*litem contestari*) l'emploi de maximes déterminées, formées en partie des mots légaux appropriés au cas particulier. L'activité des adversaires consistant ainsi en paroles solennelles, on désigna aussi les formules consacrées du nom d'*actiones*, de telle sorte

1. La *pignoris capio* n'était pas d'ailleurs la seule procédure extra-judiciaire; outre la perquisition lance *licioque*, on peut citer encore la *nuntiatio operis novi*, si celle-ci a été réglée par le droit civil avant de l'être par le prêteur, comme le supposent Bekker (Actionen, I, p. 46-49) et Karlowa (Röm. Rechtsgesch., II, p. 471-479) et, peut-être, la procédure suivie en matière de *damnum infectum* avant l'introduction de la stipulation prétorienne, si l'on en croit une doctrine ingénieuse de Wlassak (Röm. Processg., I, p. 258 et s.). Mais Gaius (IV, 29) nous apprend que la *pignoris capio* est la seule procédure extra-judiciaire à laquelle on ait donné le nom de *legis actio*.

2. Ce mot n'est du reste pas le seul que connaisse la langue romaine pour désigner le procès. Sans parler de *judicium* qui s'applique à un système de procédure différent, on trouve encore le mot *lis* (*litem contestari, litem ordinare*; voir en outre la *lis quae moritur* chez Gai., IV, 404). *Lis* dans ce sens est plus ancien que *judicium*, et l'on peut, avec beaucoup de vraisemblance, supposer que ce dernier terme ne s'est introduit que pour la procédure organisée par le prêteur pérégrin : elle ne pouvait être une *lis*, puisqu'elle ne provient pas de la loi; cela permettrait d'expliquer des expressions comme : *ex lite aut judicio* (Auctor. ad Herenn., IV, c. xxiii, § 33) et le *judiciorum atque litium* de Cicéron (De Orat., II, c. xxiv, § 99). Contra Karlowa, Legisactionen, p. 67.

que le mot *actio* fut pris tout à la fois comme représentatif des idées de procès et de formule orale (moyen du procès). C'est en ce dernier sens que nous le trouvons employé par de nombreux auteurs :

*Actio est in auctorem praesentem in his verbis, QUANDO-
QUIDEM TE IN JURE CONSPICIO. Hac actione Appius ille caecus
uti non posset,.....* (Cicéron, pro Caec., c. 49 § 54); —.....
*deinde posteaquam est editum, expositis a Cn. Flavio primum
actionibus,.....* (Cicéron, de Orat. I, c. 44 § 186); —

*EX JURE MANUM CONSERTUM verba sunt ex antiquis actio-
nibus,.....* (Aulu-Gelle, XX, 10. 4). V. encore Gai. IV. 11;
— Varron, de l. l. VII, 93; — Dig., L. I, tit. II, l. 2 § 6-7.

Le nombre de ces *actiones* était limité comme le nombre des lois, leur contenu typique aussi invariable que le texte légal, et, de même que l'on distinguait deux catégories d'activités, de même aussi les juristes connaissaient deux sortes de formules orales : celles qu'ils composaient pour les procès et pour les rapports juridiques paisibles ; toutes, ainsi du reste que les recueils qui les contenaient¹, étaient désignées du nom commun d'*actiones*, bien que régulièrement l'emploi de ce mot fût restreint aux formules procédurales auxquelles est consacré le quatrième commentaire des Institutes de Gaius.

Par la suite, lorsque la loi Aebutia, copiant selon toute vraisemblance une institution depuis longtemps connue à Rome, introduisit dans la pratique judiciaire l'emploi des *concepta verba* écrits, la nécessité s'imposa de séparer dans la langue les deux systèmes différents qui continuèrent de subsister côte à côte : comme nous le montrerons plus loin, on prit, pour désigner et la nouvelle procédure et le nouveau moyen d'agir le terme *judicium*, dont le sens était

1. Ces recueils de formules d'actions ou d'affaires sont sans aucun doute les plus anciens livres de droit que Rome ait connus. Les auteurs les plus réputés en sont, pour l'époque classique : Aulus Ofilus, Aburnius Valens, Venuleius, Paulus,.... Sur la littérature des actions de la République, voir Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, p. 86-89, 103, 104, 244.

originairement tout autre. Mais, lorsque peu à peu les avantages du nouveau système devinrent tellement évidents que les paroles solennelles ne furent plus employées que dans des hypothèses exceptionnelles, le nom qui les qualifiait n'en demeura pas moins pour désigner le moyen nouveau du procès, la formule écrite. Si l'on se place à l'époque classique, on relève dans la terminologie une différence considérable avec la langue ancienne : cette dernière n'a qu'un mot pour désigner les deux idées de procès et de moyen du procès ; la langue nouvelle trouve au contraire, pour la notion la plus large, le mot *judicium*, et n'emploie plus *actio* que pour la formule écrite. Mais le changement ne s'est pas fait brusquement. Si vers la fin de la République, les orateurs et les jurisconsultes répugnent à l'emploi du mot *actio* en ce sens, cette expression se trouve, à l'époque classique, naturalisée depuis longtemps pour la formule écrite civile, mais non encore entièrement pour la formule écrite prétorienne. Ulpien (Dig., L. XLIV, t. VII, l. 25 pr.) ne comprend certainement sous *actio* que la seule action civile quand il dit : *Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur*. L'exposé de Gaius, au début du quatrième commentaire de ses Institutes, conduit à la même conclusion ; l'action personnelle s'y trouve désignée comme l'*actio qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere, praestare oportere* (IV, 2), et l'action non personnelle comme l'*actio cum, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi.....*, (IV, 3) ; il est évident que les actions prétoriennes, *innumerabiles formulae* (IV, 46), du moins celles qui sont conçues *in factum*, sont exclues de cette définition, car elles n'ont une *intentio* ni *in rem*, ni *in personam*. Cette idée nous explique pourquoi les prêteurs promettent toujours dans leurs édits de donner des *judicia*

et non des *actiones*, pourquoi Julien (Dig., L. IX, t. IV, l. 30 pr.) oppose le *judicium honorarium* à l'*actio juris civilis* : c'est que le mot *actio* est alors réservé comme désignation propre aux formules pourvues d'*intentio juris civilis*.

Nous montrerons, en nous occupant de *judicium* au sens de formule écrite, combien les habitudes ont changé, sous ce rapport, dans les siècles postérieurs; la comparaison des textes législatifs de la fin de la République et de tel des plaidoyers de Cicéron avec la langue du Digeste nous prouvera que sous Justinien, et, sans aucun doute, beaucoup plus tôt, le mot *actio* est employé comme désignation générale pour les formules écrites, quelle que soit leur origine.

A cette époque aussi, à mesure que les abstractions juridiques deviennent de plus en plus familières à l'esprit des Romains, apparaît un nouveau sens du mot *actio*. Suivant la conception moderne, l'action est un droit; c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient; c'est ce que dit déjà la définition célèbre de Celse (Dig., L. XLIV, t. VII, l. 51) : *Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeat judicio persequendi*. Mais il est vraisemblable que le droit romain, ancien comme classique, ne connaît pas encore cette conception de l'action; les juristes de la République comme ceux de l'Empire confondent constamment les deux idées de droit porté en justice et de formule, et cette confusion ne doit pas nous surprendre : dans leur esprit, en effet, la réclamation et la formule ne sont qu'une seule et même chose, puisque la dernière n'est que l'incarnation de la première, et que celle-ci ne peut trouver son expression précise et se résoudre en un droit nouveau né de la litiscontestation que par l'emploi de celle-là.

CHAPITRE II

Judicium : jugement, puis formule écrite.

Le mot *judicium* est, dans la langue juridique romaine, un de ceux dont il est le plus difficile peut-être de déterminer la signification précise. Son histoire est liée d'intime façon au développement d'une institution procédurale importante, de telle sorte qu'il a passé successivement par des acceptions fort diverses : *jugement*, *formule écrite*, puis *procès avec formule écrite*, telles sont les trois notions principales qu'il représenta tour à tour.

Aucun doute n'est possible en ce qui concerne le premier point : la traduction de *judicium* par jugement semble approuvée de tous, grammairiens comme juriconsultes, et nous nous contentons de mentionner certains passages des œuvres de Cicéron dans lesquels le mot qui nous occupe est évidemment pris dans son sens originel (Verr. III, c. 13 §§ 32, 33, 34 ; c. 15 § 39).

Mais, à côté de cette acception primitive, il s'en rencontre une autre, dans les textes littéraires et législatifs, qui présente, pour l'histoire du droit procédural, une importance considérable.

Nous supposerons pour établi, sans y insister davantage, que, jusqu'à la loi Aebutia, les citoyens romains ne pouvaient agir entre eux qu'au moyen de formules orales, ayant seules droit au nom d'*actiones*. Cependant, même à cette époque où les *legis actiones* dominaient exclusivement, le renvoi d'une cause aux jurés pouvait, sous certaines conditions, avoir autrement lieu, au moyen d'un écrit, d'une formule, rédigée par le magistrat sur le fond des prétentions des parties, traçant aux juges la voie qu'ils

devaient suivre¹. C'est cette formule que les textes désignent indifféremment des noms de *formula* et de *judicium*, non seulement lorsque la procédure dont elle était la caractéristique se limitait aux seuls rapports des pérégrins entre eux ou aux rapports entre citoyens et pérégrins, mais encore lorsque, par suite de la réforme aebutienne, cette institution s'implanta dans le droit civil. A l'*actio* (= formule orale), correspond donc le *judicium* (= formule écrite).

Si l'on ne peut — étant donné l'absence de documents — faire la preuve de cette affirmation pour l'époque, probablement lointaine, où la formule s'introduisit dans les relations judiciaires, il est facile de trouver, dans la période qui s'étend de la fin de la République à la rédaction des compilations justiniennes, des témoignages nombreux en faveur de cette seconde acception du mot *judicium*. Nous devons cependant remarquer, au sujet des extraits des classiques à nous transmis par le Digeste, que le terme *actio*, ayant peu à peu, par suite de la disparition des formules orales, remplacé le terme *judicium* au sens de formule écrite, nous trouvons employés cumulativement l'un et l'autre avec la même signification; bien plus, les compilateurs ont, la plupart du temps, remplacé le second mot par le premier, de telle sorte que les témoignages des juristes classiques, bien que nombreux encore, n'en ont pas moins été singulièrement restreints par ces modifications postérieures.

Jusqu'au dernier siècle de la République, le rôle des magistrats judiciaires dans la délivrance de la *legis actio* présentait une particularité remarquable : ils ne possédaient par eux-mêmes aucune initiative, c'était la loi, et

1. C'est l'opinion la plus répandue aujourd'hui : d'après elle les formules, ainsi d'ailleurs que la plupart des autres moyens étrangers au système des actions de la loi, auraient existé dès avant la loi Aebutia pour les procès entre pérégrins et avec pérégrins. Voir Wlassak, Röm. Processgesetze, II, p. 301 et s.

la loi seule, qui inspirait leurs actes, de telle sorte qu'ils devaient accorder l'action quand cette loi la délivrait, et qu'ils ne pouvaient la refuser dans une hypothèse où, légalement, on était en droit d'agir; il était impossible, ainsi, que l'édit par eux promulgué lors de leur entrée en fonctions contint, soit un *actionem dabo* (car, à proprement parler, c'était la loi qui donnait l'action), soit un *actionem non dabo*. Par contre ces magistrats — tout d'abord les préteurs pérégrins — pouvaient, sous certaines conditions, accorder des *judicia*, et annoncer à l'avance dans quels cas ils les délivreraient; de plus, la réforme acbutienne leur accorda un droit que, croyons-nous, ils ne possédaient pas auparavant, celui de *denegare actionem*; on peut donc trouver, dans les édits, des clauses ainsi conçues : *judicium dabo* et, depuis le ^{vii}^e siècle, *actionem non dabo*. Nous n'avons à nous occuper ici que de la clause *judicium dabo*. La trouve-t-on dans les publications prétoriennes? Si oui, quel sens faut-il lui attribuer?

La réponse à cette double question nous est fournie par une série d'édits, dans lesquels on rencontre les expressions suivantes :

Judicium dabo sine noxae deditione (Dig., L. IX, t. IV, l. 21 § 2; — L. XXXIX, t. IV, l. 4 pr.; — eod. loc., l. 42 § 1); —

In judicio adiciam : aut noxae dedere (Dig. L. IX, t. III, l. 4 pr.); —

Noxale judicium dabo (Dig. L. XLVII, t. VIII, l. 2 pr.); —

In factum judicium dabo (Dig. L. IX, t. 3, l. 5 § 6; — L. XLII, t. V, l. 9 pr.; — L. XLIII, t. IV, l. 4 pr.; — L. XLVII, t. XII, l. 3 pr.); —

In eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo (Dig. L. XI, t. III. l. 1 pr.).

La mention seule de ces expressions suffit à démontrer que le terme *judicium* est pris dans les édits cités en un sens autre que son sens originel : il est de toute évidence

que le préteur ne peut promettre un jugement *in factum*, *in duplum*, *sine noxae deditione*,.....; ces mots ne se peuvent ici expliquer, dans leur relation avec *judicium*, que si l'on voit dans ce *judicium* une formule écrite dans laquelle ils seront mentionnés.

L'examen d'autres sources contemporaines confirme, pour le dernier siècle de la République, cette manière de voir; dans ce sens doivent particulièrement être pris en considération une des lois les plus importantes de la première moitié du VIII^e S., et certains passages des œuvres de Cicéron. La *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, de même que les édits prétoriens, emploie à maintes reprises l'alliance de mots *judicium dare*, et le sens qu'elle assigne à cette expression est fixé d'une façon certaine à notre sens, tant par l'in fine du chap. XIX :*is in id decretum interdictum sponsionem judicium exceptionem addito addive jubeto : Q(uā) d(e) r(e) operis novi nuntiationem*....., que par la reproduction du contenu de la formule à la suite de phrases comme celles-ci : *judicium det itaque judicare jubeat*..... ou encore : *in ea verba judicium det*..... De plus, la mention dans cette loi de l'acte d'*accipere judicium* peut nous servir d'argument péremptoire, depuis que Wlassak a démontré que l'*acceptio judicii* n'est rien autre chose que l'acceptation par le défendeur de la formule elle-même.

Les plaidoyers de Cicéron ne sont pas moins probants sur le point qui nous occupe. Nous croyons, avec Wlassak, que, dans la grande majorité des cas, cet orateur emploie le mot en question comme synonyme de formule écrite, mais nous citerons uniquement les passages qui mettent en lumière cette acception d'une façon certaine et qui, d'après le contexte, ne peuvent comporter d'autre interprétation.

Pro Quintio, c. 20 : *quum is judicium acceperit pro Quintio*,; — *Fatetur enim*,..... *judicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse*.....; — c. 21 : *se judicium id, quod edat, accipere*.

Pro Caecina, c. 18 : *quod (ut ad privatas res redeam) testamentum, quae judicia, aut stipulationes, aut pacti et conventi formula non infirmari, aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus;....*

In Verr., act. sec. II, c. 12 : *Si vero illud quoque accedet, ut in ea verba praetor judicium det, ut vel L. Octavius Balbus iudex,....., non possit aliter judicare; si judicium sit ejusmodi : L. OCTAVIUS JUDEX ESTO : SI PARET,.....; — III, c. 22 : Dabat iste judicium : SI PARERET,.....; — Iste nihilominus judicium HS 1000 millium dabat; — c. 65 : Eduxit vir primarius C. Gallius, senator; postulavit a L. Metello, ut ex eedicto suo judicium daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET :*

Pro Tullio, c. 2 : *Quum judicium ita daret, ut hoc solum in judicium venire videretur, ne vi hominibus coactis armatisve damnum dolomalo familiae datum, neque illud adderet, INJURIA;....; — c. 6 : At istuc totum DOLO MALO additur in hoc judicio, ejus causa, qui agit;....; — c. 7 : Si ita judicium daretur, ut id concluderetur, quod a familia factum esset,.....; — c. 8 : Si ita judicium datum esset, quantae pecuniae paret a familia P. Fabii hominibus armatis damnum M. Tullio factum,..... Quod additum est DOLO MALO,.....; — c. 10 : Si....., quid attinuit te tam MULTIS VERBIS A PRAETORE POSTULARE, UT ADDERET IN JUDICIUM INJURIA, et quia, non impetrasses, tribunos plebis appellare, et hic in judicio queri praetoris iniquitatem, quod de INJURIA, non addiderit?..... Etenim, recuperatores, non damno commoventur magistratus, ut in haec verba judicium dent.*

Si nous renvoyons, de plus, dans l'impossibilité où nous sommes, étant donné l'abondance des documents, de les citer tous, à d'autres passages également démonstratifs provenant du même auteur (de off., III, c. 15; — de invent. II, c. 19; — ad fam., VII, 12. 2), nous voyons qu'il n'est nullement osé d'affirmer, comme nous l'avons fait plus

haut, que *judicium* se présente, vers la fin de la République, comme synonyme de formule écrite.

Cette signification s'est-elle conservée par la suite, et les jurisconsultes classiques entendent-ils le mot *judicium* de la même façon que Cicéron et les préteurs de la République ? La réponse à cette question ne saurait être douteuse, et nous nous contenterons de citer quelques-uns des nombreux passages de Julien, de Gaius, d'Ulpien,..... que l'on peut invoquer en faveur de l'affirmative :

Julien, Dig. L. IX, t. IV, l. 16 : *Si heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, et propter hoc judicium sine noxae deditione acceperit.....*; —

Gaius, Dig., eod. l., l. 22 : *placet quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium,.....*, —

Ulpien, Dig., L. XXXIX, t. IV, l. 1 § 6 : *competit judicium sine noxae deditione,.....*; —

Proculus, Dig., L. XIX, t. V, l. 12 : *in factum existimo judicium esse reddendum,.....*; —

Gaius, IV. 37 : *ficta civitate Romana judicium datur*; —

Neratius, Dig., XLIV, t. IV, l. 11 pr. : *si post litem contestatam dolo quid (procurator) fecerit, an exceptio eo nomine in judicium obicienda sit dubitari potest.*

Il est donc établi que nous trouvons, aussi bien chez les juristes classiques que chez les auteurs de la période républicaine, le terme *judicium* employé au sens de formule écrite. Mais, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut en nous occupant de l'*actio*, à mesure que s'éloignait dans le passé le souvenir des formules orales abolies par les lois Aebutia et Julia, le mot qui les qualifiait n'en était pas moins conservé et parvenait, à la suite d'étapes successives, à désigner la formule écrite elle-même. Si nous revenons sur cette idée une fois encore, c'est pour montrer, par une comparaison rapide de quelques passages d'œuvres datant de l'une et l'autre époques, combien elle se trouve conforme à la réalité des faits.

De l'examen des plaidoyers de Cicéron, il résulte que le mot *judicium*, dans la grande majorité des cas où il est employé par cet orateur, désigne la formule écrite; cette remarque, outre qu'elle nous donne une explication satisfaisante de l'opposition entre les deux termes rencontrée au troisième livre du *De Natura Deorum* (c. 30), nous permet aussi de conclure que Cicéron évite avec soin d'employer *actio* lorsqu'il parle de formule écrite; par suite, nous n'aurons, pour démontrer le changement de langue définitivement consacré à une époque antérieure à la rédaction des *Pandectes*, qu'à comparer, par exemple, le plaidoyer *pro Tullio*, qui traite de l'action donnée contre un dommage violent, avec le *L. XLVII, t. VIII du Dig.* (*Vi bonorum raptorum*).

Si les dieux ont accordé aux hommes la *ratio*, ils leur ont aussi donné la *malitia*, de telle sorte que l'on dut inventer certains moyens légaux pour réprimer cette dernière; c'est ce que nous dit Cicéron (*De Nat. D.*, III, c. 30) :

Inde illa actio : ope concilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot judicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito, aut conducto aut locato contra fidem fiunt; inde judicium publicum rei privatae lege Plaetoria; inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit....

Dans ce passage, l'orateur tient soigneusement séparées l'une de l'autre la procédure avec formule orale et la procédure avec formule écrite : *actio* désigne la formule orale par laquelle celui au préjudice duquel un vol avait été commis interpellait le coupable; *judicium* qualifie au contraire les autres actions dont parle Cicéron, qui s'intentent par formule écrite. Cette prudence dans le choix des termes se rencontre dans d'autres textes contemporains : l'édit qui, au cas de dommage violent, accorde une action,

promet un *judicium* (Dig., L. XLVII, t. VIII, l. 2 pr.), et c'est aussi de ce nom que Cicéron désigne, dans le Pro Tullio, la même action; jamais il ne l'appelle *actio*. On aboutit à la conclusion contraire si l'on examine le commentaire qu'Ulpien (Dig., cit.) donne de l'action *vi bonorum raptorum*; dans tout le cours de la l. 1, consacrée par cet auteur à l'étude de la création prétorienne, nous ne trouvons nulle part l'expression habituelle aux classiques, qui se trouve continuellement remplacée par le terme dont ceux-ci refusaient de se servir (v. notamment les §§ 1, 12 à 20, 22 à 25, 27). Si l'on veut ne voir là que l'effet d'un pur hasard, nous répondrons que le contraste déjà frappant entre les textes par nous signalés ressort d'une façon plus évidente encore si l'on examine d'autres sources; la loi Rubria par exemple, de même que le Pro Tullio¹ et les édits des préteurs, repousse avec un parti pris assez probant par lui-même le terme qui devait, par la suite, l'emporter, pour n'employer que le mot *judicium*; les lois Julia agraria, et Julia municipalis donnent l'autorisation d'agir de la façon suivante : *petitio* ou *petitio persecutioque esto* ; c'est de la même formule que se servent les trois premières tables de la *Lex Coloniae Genetivae Juliae*, et, si la quatrième table use fréquemment d'une expression différente : *actio petitio persecutioque esto* (c. 125, 126, 128, 129, 130, 132), qui paraît au premier abord être contraire à notre manière de voir, on peut expliquer ce fait de façon satisfaisante : comme l'a montré Mommsen¹, cette table a sans aucun doute été écrite postérieurement aux précédentes, les chapitres 129-131 semblent ajoutés après coup, et l'on y rencontre, outre cette prolixité de formules habituelle aux lois impériales, ces interpolations fréquentes à l'époque qui pourraient justifier ici l'apparition du mot *actio*; si celui-ci devait, malgré

1. Ephemeris epigraphica, II, 121-122; III, p. 97.

tout, exister dans le texte primitif, nous nous rallierions alors à l'hypothèse de Huschke¹, qui conçoit la procédure à moitié criminelle de la loi de la colonie comme une procédure des *legis actiones*.

Si l'on prétendait, enfin, que la présence du mot *actio* chez Ulpien (Dig., l. c.), résulte d'interpolations byzantines, nous ferions simplement remarquer d'une part que, dans le Digeste, on lit souvent *judicium* où il aurait fallu, d'après cette opinion, interpoler *actio*, d'autre part que ce terme, même dans les sources antéjustiniennes, désigne fréquemment l'action prétorienne, même celle dont il est parlé au L. XLVII, t. VIII (Gai. III, 189, 192, 209; — IV, 8, 35, 36, 69, 70, 71, 72; — Paul, I, 8, 2; II, 2, 4; III, 31, 6 et 16).

CHAPITRE III

Judicium : le procès tout entier, et, en particulier,
la litiscontestation.

Nous avons dit plus haut que la langue juridique romaine connaissait trois termes au moins pour désigner l'ensemble d'actes compris entre le début et la fin d'un procès : *lis*, *actio*, *judicium*. En ce qui concerne ce dernier mot, une telle affirmation peut au premier abord paraître étrange; elle a du moins donné lieu à des contradictions émanant d'auteurs considérables; aussi devons-nous exposer les arguments qui militent en faveur de cette acception, plus large que celle en laquelle *judicium* se trouve ordinairement pris.

Un examen impartial, tant des textes juridiques de l'époque impériale que de certains documents, littéraires

1. Multa u. Sacramentum, p. 549-550.

et législatifs, appartenant à une date encore plus reculée, semble bien conduire à cette conclusion que le même terme désigne tout à la fois, non seulement la seconde phase de l'instance, non seulement aussi la formule, l'écrit dans lequel le magistrat trace au juge sa tâche, mais, de plus, la procédure tout entière, l'ensemble d'actes qui s'accomplissent et devant le *praetor* et devant le *judex*.

Les passages suivants nous paraissent particulièrement démonstratifs : Cicéron, dans le *Pro Quinctio* (c. 2, § 9), après avoir exposé la situation défavorable de son client, qui n'a pas encore entendu un seul mot de son accusateur, s'écrie : *Id accidit praetoris iniquitate et injuria : primum quod, contra omnium consuetudinem, judicium prius de probro, quam de re, maluit fieri; deinde, quod ita constituit id ipsum judicium, ut reus, antequam verbum accusatoris audisset, causam dicere cogeretur;.....; —*

Le même orateur (*Pro Flacco*, c. 24, § 50), parlant d'un procès intenté contre un certain Plotius par un Grec asiatique du nom d'Héraclide de Temnos, s'exprime ainsi qu'il suit : *Q. Naso, vir ornatissimus, qui praetor fuerat, judex sumitur : qui quum sententiam secundum Plotium se dicturum ostenderet, ab eo judice abit, et quod judicium lege non erat, causam totam reliquit.*

Si nous ajoutons, à ces deux textes, le fragment d'Este (l. 8, 9), la loi Rubria (c. XX, l. 22, 23, 32, 33), et, peut-être, la l. 58, Dig. (VI, 1), nous pouvons conclure que, tout au moins vers la fin de la République, le terme *judicium* est pris dans le sens le plus compréhensif. Qu'il en soit de même à l'époque des juristes classiques, c'est ce que va nous montrer un examen rapide de quelques passages de leurs œuvres. Gaius (IV. 406, 407, 409) emploie à diverses reprises les expressions *judicio agere* et (III. 484) *judicio petere*; or, les mots *agere* et *petere* désignent principalement la procédure devant le préteur. Le III. 480, relatif à

la litiscontestation, déclare que cette dernière abolit l'obligation antérieure, *si modo legitimo iudicio fuerit actum*, d'où il résulte que cette litiscontestation se place dans le *iudicium*; or, l'opinion qui attribue à la seconde phase de l'instance l'acte par lequel le procès est véritablement lié est abandonnée depuis près d'un siècle et les auteurs sont d'accord pour ramener cet acte à la procédure *in jure*. D'autres passages ne sont pas moins démonstratifs : le III. 83, parlant des *lites contestatae legitimo iudicio* (en tenant pour exacte la restitution de Rudorff), paraît bien mettre sur un pied d'égalité la *lis* et le *iudicium*, tandis que le I. 184, le IV. 107 et 108, opposant le *legitimo iudicio agere* au *lege agere* reportent par là devant le prêteur le début de l'institution qui nous occupe; il en est, du reste, de même chez Ulpien (XI. 24 et 27) : 24. *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult,.....* 27. *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo iudicio agent,.....*

Il semble donc, par suite, que l'on puisse considérer comme établie l'idée plus haut affirmée, et qu'il soit tout à la fois naturel et logique de conclure que *iudicium* ne doit pas seulement donner à entendre le *iudex*, mais doit aussi comprendre la procédure devant le magistrat, être une qualification commune aux deux phases par lesquelles, à l'époque classique, passe tout procès romain.

Cette démonstration, présentée pour la première fois par Wlassak¹, n'a pas paru suffisante à plusieurs critiques allemands. « Wlassak n'a pas, à mon avis, démontré que *iudicium* désigne la totalité de la procédure pour les procès avec formule écrite », disait Gradenwitz² en rendant compte de la première partie des « *Römische Processgesetze* »; et il continuait par cette déclaration :

1. Cf. Wlassak, *Röm. Processg.*, L. I, p. 29 et 30.

2. *Ztschr. f. R. G. L.* XXII, p. 189.

« *Judicium* doit-il désigner le procès tout entier? Je ne le crois pas..... *Actio* est une qualification de la procédure *in jure*, *judicium* une qualification de la procédure *in judicio* ». Eisele s'exprimait de façon tout aussi catégorique : « Précisément dans la définition de la notion du *judicium legitimum* chez Gaius IV. 104, le terme *judicium* n'est évidemment employé qu'au sens technique étroit, pour désigner la procédure devant le juré »¹.

Bien qu'elles émanent d'auteurs considérables, ces critiques n'en sont pas moins aisées à combattre; non seulement, comme nous l'avons déjà vu par avance, tels passages de Gaius et d'Ulpien y apportent une contradiction directe, mais, de plus, certaines décisions de ces juristes conduiraient, si l'on adoptait l'opinion de Gradewitz et d'Eisele, à des conséquences absolument inadmissibles. D'autre part, et comme, malgré tout, on pourrait objecter que l'emploi du mot *judicium*, dans le sens large où nous voulons le prendre, est incorrect et ne se rencontre que chez de rares auteurs, nous aurons à rechercher si nous ne trouvons pas, dans les fragments nombreux des classiques à nous transmis par les compilations de Justinien, des preuves suffisamment abondantes en faveur de la propagation lointaine d'une tournure qui, en réalité, est peu particulière à Gaius ».

Le IV. 104 dit, à propos des *legitima judicia quae sub uno iudice accipiuntur* : *eaque e lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant*. Or, de ce passage, on peut déduire deux conclusions également probantes contre l'opinion que nous combattons : tout d'abord, l'acte de l'*accipere* désigne à n'en pas douter, comme l'ont montré les recherches savantes de Wlassak sur la litiscontestatio, la consolidation définitive du procès, qui appartient à la procédure *in jure*; le juriste entend

1. Abhandlungen z. r. Civilprocess, p. 102.

done bien sous *judicium* la totalité du procès. D'autre part, et si l'on adoptait la manière de voir de Gradenwitz et d'Eisele, d'après laquelle *judicium* ne désigne que la procédure devant le *judex*, la péremption julienne dont il est parlé au IV. 404 ne pourrait s'appliquer aux instances qui restent un certain temps pendantes après la *litis contestatio*, puisque la procédure devant le juré n'aurait pas encore commencé : aucune péremption ne serait donc, en cette hypothèse, possible. De même, et toujours en supposant que nous suivions l'opinion des deux critiques, le point de départ du délai de dix-huit mois établi par la loi Julia serait déterminé, non pas, comme le pensent tous les auteurs, par la *litis contestatio*, mais bien par l'accomplissement du premier acte de procédure devant le *judex*. Ce n'est pas tout : non seulement, ainsi que nous l'avons déjà vu, une explication impartiale du III. 480 nous ramènerait, dans la théorie d'Eisele, à l'idée, depuis longtemps abandonnée, que la *litis contestatio* appartient à la seconde phase du procès, mais, de plus, le IV. 407, d'après lequel on n'a plus d'action d'après le droit civil si *de eadem re legitimo judicio actum sit*, conduirait à cette conséquence, plus incontestable encore que les précédentes, que la consommation de l'action ne doit pas résulter de la *litis contestatio*, mais du *judicium* entendu au sens étroit, c'est-à-dire de la procédure devant le *judex*.

Si, malgré tout ce que nous venons de dire, des doutes subsistent encore, si l'on prétend que seuls, de rares auteurs emploient un terme qui n'en est pas moins incorrect dans l'acceptation où ils le prennent, il nous sera facile encore de répondre. En effet, il est possible — par la considération de plusieurs passages du Digeste et du Code, de poser en principes deux points d'importance considérable pour

1. C'est une conséquence qu'Eisele lui-même se refuse à admettre; il fait partir, en effet, la péremption, du moment où la *litis contestatio* a eu lieu (Abhandlungen, I, p. 40, 62).

appuyer l'idée large et compréhensive que nous nous faisons du mot *judicium* :

1° l'identité, dans certaines expressions, de *judicium* et de *lis*; —

2° l'impossibilité de limiter à la seule phase procédurale *in judicio* des décisions comme celles de Celse (Dig. XLVI, 3, l. 71 § 3), et de Paul (Dig. XVII, 1, l. 45 § 1), un principe important comme celui de Sabinus et Cassius (Gai. IV. 114).

De plus, un examen attentif de textes nombreux du Digeste démontre à l'évidence, non seulement que le mot *judicium* est employé par les juristes classiques au sens large, comme qualification de la totalité du procès, mais, en outre, qu'il peut se rencontrer avec une signification plus précise, pour indiquer l'acte par lequel le procès est véritablement engagé, la *litis contestatio*.

Le mot *lis*, qui sert à désigner ordinairement le procès tout entier, est souvent, dans deux expressions, remplacé par *judicium* qui se trouve pris ainsi comme équivalent. Nombreux sont les textes qui, à la place de la *lis contestata*, parlent du *judicium inchoatum* ou *coeptum* :

Venuleius, Dig. L. XLII, t. VIII, l. 25 § 4 : *Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt; item eos, qui post INCHOATUM JUDICIUM recepti sint;...*

Ulpien, Dig. L. XLIII, t. XVI, l. 1 § 24 : *Si adversus eum, qui in libertatem ex servitute, vel contra petitur, post INCHOHATUM liberale JUDICIUM utar interdicto et liber judicatus fuerit, et apparuerit, ignorante eo a servis ejus vi me dejectum, in possessionem restituar.*

Paul, Dig. L. XLVI, t. VIII, l. 45 : *Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si judicio petatum esset. Si autem in jus eum vocaverit, et satis judicio sistendi causa acceperit, JUDICIUM tamen COEPTUM non fuerit, ego puto, non*

committi stipulationem amplius non peti; hic enim non petit, sed petere vult..... Dans cette loi, à la question de savoir quand vaudra la caution *amplius non peti*, Paul répond : tant que *judicium coeptum non fuerit*, personne ne peut dire qu'il y a à proprement parler *petitio*; on a seulement l'intention de réclamer. Mais quand a lieu l'acte de la *petitio*? A en croire Eisele¹, il faudrait attendre jusqu'au début de la procédure devant les jurés, entendre *judicium* au sens étroit où le prend cet auteur. Cette théorie, qui n'est qu'une conséquence des idées étranges d'Eisele sur le *judicium*, ne nous semble pas admissible, et il est aisé de la réfuter par un simple renvoi au texte de Paul : le *plus petere* dont il est question dans la l. 15 désigne, sans contester aucun, un acte qui tombe dans la première phase de l'instance; la preuve nous en est fournie par Gai. IV, 53 et 56, où cette expression est remplacée par les synonymes : *intentione plus complecti* et *plus intendere* (Cpr., de plus, Dig. L. XII, t. I, l. 22; — Dig. L. XVI, t. VIII, l. 23; — Dig. L. III, t. III, l. 66); —

Severus et Antoninus, C., L. I, t. I, l. 1 : *Judicio coepto usurarum stipulatio non est perempta. Superest igitur, ut debitorem ejus temporis, quod non est in judicium deductum convenire possis.*

Aperçue pour la première fois par Keller², l'identité qui résulte de ces passages entre le *judicium inchoatum* ou *coeptum* et la *lis inchoata* n'a pas besoin d'être plus longuement démontrée. Si l'on objectait que la *lis inchoata* n'est nullement synonyme de la *lis contestata*, il suffirait de renvoyer à l'assertion de Paul (Fragm. Vat. § 263) pour démontrer l'inanité de cette critique. Remarquons aussi, comme argument complémentaire, que, dans deux fragments du Dig. (L. V, t. III, l. 7 § 1; — L. XXIV, t. III, l. 19) on trouve, à la place de l'expression *litem contestatam*,

1. Eisele, *Cognitur und Procuratur*, p. 30.

2. *Litiscontestatio*, p. 65, n. 10, p. 69.

la suivante : *judicium contestatum*. Il nous paraît donc que l'on peut affirmer, avec une entière certitude, la synonymie des deux mots *lis* et *judicium*.

Outre cette identité, une seconde idée plaide encore en faveur de l'affirmation que nous avons émise au début de ce chapitre : il est impossible — et cela n'est pas discutable — de limiter à la seule procédure *in judicio* certaines décisions transmises par les textes, et dont on restreindrait ainsi singulièrement l'importance; nous en avons indiqué déjà quelques-unes; contentons-nous d'y ajouter les suivantes : Dig., L. XI, t. I, l. 14; — Dig. L. XII, t. VI, l. 60 pr.; — Dig. L. XLVII, t. II, l. 62; — Dig., L. XLIII, t. XVI, l. 18 § 1.

Il ne faudrait pas croire que nous ayons ainsi épuisé tout ce qui peut être dit sur le mot *judicium*. Nous n'avons fait plus haut que mentionner une idée sur laquelle nous devons maintenant revenir : non seulement les juristes classiques emploient le terme dont nous nous occupons au sens large, mais, de plus, ils en usent aussi pour désigner un acte particulier de la phase *in jure*, la litiscontestation, transportant ainsi à la partie la plus importante de la procédure une épithète qui ne convient à proprement parler qu'à la totalité. Les développements précédents sont consacrés à la preuve de la première affirmation, de l'acception large en laquelle *judicium* doit être pris, nous devons ici nous occuper de la seconde.

Trois textes de Paul attestent, avec une netteté suffisante, l'identité de *judicium* et de *litis contestatio* :

Dig. L. XIII, t. V, l. 17 : *Sed et si alia die offerat nec actor accipere voluit nec ulla justa causa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat.....*; —

Dig. L. X, t. I, l. 4 § 2 : *Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio : nam et culpa et dolus*

exinde praestantur : sed ante judicium percepti non omni modo in hoc judicium veniunt....

Dig., L. XVII, t. II, l. 65 pr. : *Actione distrahitur, eum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiata societatem,....* Le *judicium* dont cette loi parle en second lieu désigne la *formula*, et la *dictatio* est l'acte par lequel le demandeur dicte au défendeur la formule, l'un des moyens qui servent aux parties pour accepter de plaider sur la base de cette formule, pour conclure la véritable *litis contestatio*. Par suite, il faut entendre par *mutatio judicio* la novation qui s'accomplit *litis contestatione* de même que par une stipulation. De plus, du *distrahere judicio* de la l. 65 pr. Dig. cit., on peut rapprocher la l. 3 § 11 (Dig. XV, t. I), qui rappelle de la façon suivante l'effet créateur de la litiscontestatio : *sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi.....*, et, sans aucun doute, désigne bien par *judicium* cette litiscontestatio elle-même.

La comparaison de la l. 35 § 1 (Dig. L. XII, t. II) et de la l. 28 § 2 (Dig. L. V, t. I), n'est pas moins décisive. Dans la première loi, Paul met sur le même pied le serment déféré *in jure* et le *judicium* : *pro judicio hoc jusjurandum cedit*; d'autre part, le même auteur, dans la l. 28 § 2, précise davantage sa pensée en disant : *hoc jusjurandum in locum litis contestatae succedit*.

C'est évidemment dans le même sens que certains auteurs et quelques textes législatifs prennent le mot *judicium* quand ils parlent de ce qui arrive *ante judicium*. C'est ainsi qu'Ulpien, Dig. L. XXI, t. I, l. 25 § 8, décide ce qui suit : *judici enim statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecumque in judicio versantur; ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerit ei nominatim injuncta*. Quand le juriste parle des événements qui arrivent *ante*

judicium, il ne peut penser qu'à ceux antérieurs à la litis-contestation; il ne peut prendre le mot en question au sens étroit, car il dit que tout ce qui est relatif au *judicium*, dès que le juge est désigné, tombe sous son pouvoir d'appréciation, sans qu'il soit besoin de mention expresse dans la formule; or, le *judex* n'est pas, dans la procédure formulaire, désigné postérieurement à la litis-contestation : nous n'en voulons pour preuve que l'expression *judicium accipere sub uno iudice* (Gai. IX. 404, 405, 409). De même, la loi Rubria (chap. XX, l. 22, 23, 32, 33), remplace à deux fois différentes le court *ante judicium* d'Ulpien par l'expression suivante : *antequam id judicium q(ua) d(e) r(e) a(gitur) factum est.....*, désignant par *judicium factum est* l'établissement du procès; c'est une expression semblable qu'emploient la loi d'Este (l. 8, 9), le pro Quinctio (c. 2 § 9, c. 8 § 30, c. 13 § 44) et les Verrius (II, c. 13 § 32), de telle sorte que littérateurs, juristes et législateurs paraissent d'accord pour prendre, en certains cas, le mot *judicium* dans un sens plus étroit encore que celui où l'entendent Gradenwitz et Eisele, comme synonyme de litiscontestation.

Ces considérations vont nous permettre, en terminant, de fixer le sens de deux expressions qui sont par les auteurs modernes soit mal comprises, soit accusées de tribonianisme. Des textes nombreux parlent, tantôt de *ad judicium provocare*, tantôt de *ad judicium vocare*; citons, notamment, les suivants : Dig., L. XXVI, t. VII, l. 54; — Dig., L. V, t. I, l. 14; — Dig., L. XLV, t. I, l. 102; — Dig., L. X, t. 3, l. 2 § 1; — Dig., L. XXII, t. I, l. 24 pr. Quel est le but des parties quand elles provoquent *ad judicium*? Faut-il voir en *judicium* la désignation de la totalité de la procédure? Nous ne le croyons pas, et la l. 24 pr. (Dig., XXII, I) va nous permettre de déterminer exactement le sens de ce mot : *Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur*

fecisse moram, utique si juste ad iudicium provocavit. La personne qui, dans ce texte, provoque *ad iudicium* est évidemment la même que celle qui *iudicium accipere paratus fuit*, d'où l'on peut conclure, avec quelque vraisemblance, que la *provocatio* ou *vocatio* constituent deux actes de nature identique qui tendent à amener les parties à la litiscontestation.

CHAPITRE IV

Rapport historique des acceptions diverses de *iudicium*. — *Judicium* et *Actio*. — Gaius, IV. 109. — Procès et moyen du Procès.

Le sens que nous avons, au chapitre précédent, donné au mot *iudicium*, en y voyant une qualification de l'ensemble des actes procéduraux qui se passent tant devant le prêteur que devant le juge, semble conduire à une conclusion d'apparence singulière : bien que des auteurs considérables¹ aient prétendu que la notion moderne du procès n'existe pas en droit romain, nous avons trouvé deux termes au moins pour la représenter : *actio* et *iudicium*. Comment donc expliquer ce dualisme? Ne constitue-t-il, à bien prendre, qu'une inutile répétition? N'a-t-il pas, au contraire, un motif caché, une raison fondamentale qui tiendrait à une conception juridique particulière à l'esprit romain? Avant de répondre à ces questions, dont la solution est facilitée par nos développements antérieurs, nous devons chercher à relier entre elles les acceptions diverses du mot *iudicium*; il est certain qu'il ne s'est pas implanté dans la langue avec la signification de procès privé; s'il y

1. Bethmann-Hollweg, Civilprocess, L. II, p. 489 et 654; — Puchta, Institutionen, L. I, § 450, p. 426; — Kuntze, Coursus, § 225, p. 139.

a eu, sur ce point, une évolution, quelles en peuvent être les étapes successives?

On pourrait songer, pour expliquer comment *judicium*, qui fait allusion au *judex*, existe au sens de procès privé, comme désignation de la procédure même devant le magistrat, à remonter à cette époque reculée où la distinction des deux phases de l'instance n'existe pas encore, où *jus dicens* est synonyme de *judex*, et *jus dicere* de *judicare*. Mais, si l'on considère que, tout au moins sur le domaine du véritable procès privé, le travail de séparation était effectué d'assez bonne heure pour que l'on pût y voir l'œuvre de Servius Tullius, « le bon roi populaire de la légende », il semble que cette origine du mot *judicium*, au sens où nous le prenons, ne fut rien moins qu'assurée par cette idée; la survivance d'une notion disparue déjà aux origines juridiques de Rome ne peut avoir eu sur la valeur du mot qui nous occupe une influence prépondérante.

A ce qu'il semble, *judicium* n'est parvenu que d'une façon indirecte à être pris comme synonyme de procès privé. Sous l'empire de la procédure des actions de la loi, les contestations entre pérégrins ou entre citoyens et pérégrins étaient tranchées par le préteur pérégrin en une forme spéciale qui, suppose-t-on avec beaucoup de vraisemblance, devait plus tard être la source de la procédure formulaire. Ce magistrat, lors de son entrée en fonctions, déclarait dans son édit que, dans tels cas déterminés, il donnerait un *judicium*, c'est-à-dire, d'après le sens originel du mot, qu'il instituerait un tribunal chargé de prononcer entre les plaideurs; lorsque ceux-ci se présentaient devant lui, il accomplissait la désignation dans un acte écrit spécial, qui contenait, en même temps que la nomination du juge, l'instruction nécessaire pour que ce dernier pût statuer en toute connaissance de cause. Par la suite le *judicium dabo* des préteurs se présenta, ce qui était naturel,

comme une promesse de délivrer un acte déterminé, et *judicium* put arriver ainsi à désigner la formule écrite elle-même : nous avons signalé, en nous occupant du mot *judicium* en ce sens, une série d'édits où l'idée de l'acte écrit l'emporte, et qui, dans la pensée de leurs auteurs, promettent non pas tant la nomination d'un *judex* que la rédaction d'une *formula*. La signification primitive du mot disparut alors peu à peu devant l'acception nouvelle, et l'habitude se prit de séparer par des termes différents les deux notions successives; c'est ainsi que nous trouvons, déjà dès l'année 643, des expressions comme celles-ci : *judicium judicem recuperatoresve dare* (Lex agraria de 643, l. 33, 34-36), *judicium det itaque judicare jubeat* (Lex Rubria); la *datio judicii* indique la collation de la formule, le *judicare jubeo* et la *judicis datio* font allusion à la désignation du juge.

Judicium désigne alors l'instrument du procès, l'arme avec laquelle les parties, demandeur et défendeur, agissent; mais la formule constitue dans l'instance la partie la plus considérable : c'est vers elle, même avant que la *lis* soit véritablement liée, que tendent les efforts des plaideurs; sa rédaction est le résultat de leur activité combinée avec celle du magistrat; c'est, sans aucun doute, par un contrat dont elle est l'élément principal que se produit la litiscontestation; enfin, devant le juge, on agit *ex formula*, sur le fond des prétentions qui sont consignées dans sa teneur littérale; c'est donc elle, et elle seule, qui domine en réalité le procès, établit l'unité entre les actes divers dont il se compose. Il est dès lors naturel que les Romains, prenant pour qualifier le tout le nom de l'acte le plus important, aient désigné par *judicium* le procès tout entier, du début jusqu'à la fin : la formule écrite est autant un instrument du procès devant le préteur que devant le juge; *judicium* ne donne pas à entendre d'une façon prépondérante le *judex* et les événements qui se passent

devant lui; il est donc propre à désigner aussi la procédure devant le magistrat.

Par la suite, lorsqu'une loi importante, dont l'examen fait l'objet de la seconde partie de notre étude, accorda le droit de cité aux formules et autres institutions prétoriennes, le nom accoutumé passa dans la langue en même temps que le nouveau moyen prenait rang parmi les habitudes juridiques; à côté du *judicium honorarium*, il y eut alors un *judicium legitimum, ex lege Aebutia*.

Il peut se faire, pourtant, que, à l'époque de la réforme aebutienne, le mot *judicium* ne fût pas encore pris au sens de procès privé honoraire; dans ce cas, les Romains n'en seraient pas moins arrivés au même résultat, et cela de la façon suivante. Les deux procédures en présence offraient une différence considérable qui devait attirer l'attention des juristes : en effet, les moyens par lesquels on agissait dans l'une et l'autre étaient essentiellement distincts : ici, c'était la formule écrite, le *judicium*; là, la formule orale, l'*actio*. Or, la nécessité s'imposait de faire ressortir aussi cette opposition dans la langue : le mot *actio* ne pouvait être évidemment employé pour désigner la procédure nouvelle; mais par contre *judicium* paraissait apte à cet emploi, puisque, nous le répétons, rien dans ce mot ne faisait penser à la phase *in jure* plus qu'à la phase *in judicio*.

On avait atteint, de cette sorte, une certaine concordance dans le mode de désignation des deux systèmes de procédure : le même terme, dans l'un comme dans l'autre, avait une double fonction, cachait deux notions qu'il convient de séparer soigneusement : le procès et le moyen du procès. Nous allons, en terminant, insister quelque peu sur cette idée : ce sera le meilleur résumé des développements précédents.

A l'époque ancienne comme à l'époque classique, c'est le même mot qui sert aux Romains pour exprimer deux

idées différentes : la formule d'action et le procès. Dans le système des actions de la loi, *actio* est tout à la fois et la formule orale, et le procès avec formule orale; dans le système formulaire, *judicium* est de même et la formule écrite, et le procès avec formule écrite. On pourrait croire, au premier abord, que cette conformité de nom dût conduire, dans l'esprit des Romains, à la confusion des idées que ces noms représentaient; il n'en est rien : si, comme nous le verrons, la confusion s'est produite, c'est dans l'esprit de certains romanistes modernes, et les juristes latins n'en ont jamais été coupables. La raison en est que les deux notions, bien que se trouvant entre elles dans un certain rapport, sont en réalité fort éloignées l'une de l'autre. « La formule, dit avec raison Wlassak ¹, peut être conçue sans procès comme l'arme sans le combat, mais, par contre, aucun procès n'est possible sans formule..... Les *concepta verba* oraux comme écrits ne sont pas en réalité le procès lui-même, car on ne peut parler de combat aussi longtemps que les armes reposent, mais la formule est l'instrument ² avec lequel on procédait à Rome, l'arme ³ du demandeur aussi bien que du défendeur ». La nécessité s'impose donc de tenir convenablement séparés l'un de l'autre la formule et le procès, ou, autrement dit, car le droit romain ne fait aucune distinction entre la réclamation proprement dite et la formule qui l'incarne, le droit des actions et le droit procédural. C'est cette distinction qu'accuse, en des termes fort nets à notre sens, le Comment. IV. § 109 des Institutes de Gaius. Mais, avant d'aborder l'examen de ce passage qui a soulevé en Alle-

1. Röm. Processg., II, p. 14.

2. De là les expressions *agere*, *petere*, *experiri actione*, ou *judicio*, ou *per actionem*; *uti actione* ou *judicio*, expressions si fréquentes dans les Pandectes, que les citations sont inutiles.

3. Cpr. l'expression *judicio certare* (Fragm. d'Este, l. 5, 6; — S.-C. de Asclepiade, l. 3; — Cic., p. Tull., c. 4, § 8; c. 18, § 42; — Dig. L. XXV, t. III, l. 5 § 18. — Sur l'expression *judicio se defendere*, voir Wlassak, Die Litiskontestation, p. 39, 40.

magne une importante controverse, nous devons faire une double remarque concernant et le droit procédural et le droit des actions.

Comme nous l'établirons par la suite, la réforme acbuthienne n'eut pour but que de créer, à côté des cinq *modi agendi*, une nouvelle façon de procéder, les *concepta verba*; ce fut uniquement une loi de réglementation procédurale, et le *judicium* (procès) intenté suivant ses règles prit le nom de *judicium legitimum*. D'un autre côté, l'œuvre du préteur dans le nouveau système fut double : il dut tout d'abord donner des actions écrites dans tous les cas où la loi civile permettait d'agir, transformer les anciennes *actiones* en *judicia*; il fut ensuite amené, par une pente toute naturelle, à sanctionner des droits qui n'étaient pas jusqu'alors reconnus par la loi, à créer de nouvelles formules (formules fictices et *in factum*).

Ces choses établies, il en résulte que l'on peut agir dans le procès légitime (*judicium legitimum*) avec une action prétorienne, et, à l'inverse, dans le procès non légitime (*judicium quod imperio continetur*) avec une action civile. La possibilité de cette combinaison et, en outre, le sens ambigu du mot *judicium* sont mis en lumière, à notre sens, par Gaius (IV, 109) :

Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si verbi gratia, ex lege Aquilia vel Ollinia in provinciis agatur, imperio continebitur judicium; idemque juris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum judicem interveniente peregrini persona; et ex diverso si ex ea causa ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur judicium, legitimum est.

Nous donnerons de la première phrase de ce passage, la traduction suivante : « D'ailleurs, le *judicium* (c'est-à-dire la formule d'action) peut provenir d'une loi, et cepen-

dant le *judicium* (c'est-à-dire le procès) n'être pas légitime (car il ne réunit pas les trois conditions de la légitimité indiquées par le IV, 104); et, à l'inverse, le *judicium* (au premier sens) peut ne pas provenir d'une loi, mais être (au second sens) légitime ». Le juriste continue d'ailleurs en précisant sa pensée par des exemples : si l'on intente une action en vertu des lois Aquilia, Ollinia ou Furia, mais que cette action soit intentée dans une province ou, à Rome, soit devant des récupérateurs, soit même devant un juge unique avec un plaideur pérégrin, il y aura bien un *judicium* légitime, une formule d'action donnée par une loi, mais il n'y aura pas *judicium* légitime, procès légitime, parce que ce procès présentera les caractères du procès *imperio continens*. A l'inverse, si l'instance est intentée *ex ea causa ex qua nobis edicto praetoris datur actio*, à Rome, avec un juge unique et des plaideurs qui soient tous citoyens romains, le *judicium*, la formule d'action, ne sera pas légitime, mais prétorien, bien que le *judicium*, le procès, soit légitime. Au *ex lege judicium* de la première phrase correspond dans la seconde le *agere ex lege Aquilia*, et au *legitimum non esse le imperio continebitur judicium*; de même au *ex lege non esse* correspond l'*edicto praetoris data actio*, et au *legitimum esse le judicium legitimum est*.

Si simples qu'elles paraissent, ces notions ne sont pourtant pas admises par tous, et certains auteurs ont, soit méconnu la distinction du procès et du moyen procédural, soit critiqué comme défectueuse l'explication précitée du § 109 de Gaius, présentée pour la première fois par Wlassak. Bien que Keller ait intitulé son traité : « La procédure civile romaine et les actions », les auteurs qui l'ont suivi ne paraissent pas avoir observé la démarcation précise des deux domaines; Zimmern, dans son « Traité des actions chez les Romains », confond constamment les deux choses, et L. Seuffert suit la même voie défectueuse en paraissant

voir dans la formule le germe du procès, et en faisant dériver le procès légitime de l'action légitime, tout aussi bien que le procès prétorien de l'action prétorienne¹. Un critique connu, O. Gradenwitz, a entrepris en outre de donner du § 109 de Gaius une autre interprétation; dans le compte rendu du premier livre des « Römische Processgesetze » (Ztschr. f. R. G., t. IX), il déclare que, d'après lui, « Gaius ne s'occupe nullement de mettre en garde contre la confusion possible des deux significations séparées de *judicium*, car ce mot signifie uniquement à cet endroit le seul jugement de jurés; toute la force porte dans la phrase sur le prédicat de *judicium*, au lieu de porter sur ce mot même; de plus : *ex lege* et *legitimum esse* ne sont nullement identiques. *Ex lege* signifie à mon sens « de quelque loi », *legitimus* signifie le plus souvent « de la loi », c'est-à-dire de la seule loi qui réglemente une chose : par exemple, *aetas* = *legis Plaetoria* = 25 ans, *hereditas* = *legis XII Tabularum*. En ce qui concerne la tutelle, on peut relever une opposition entre *legitimus* et *ex lege* tout à fait analogue à celle que Gaius nous signale relativement aux *judicia* (IV. 109). *Legitimum* est le *judicium* qui vient *ex lege Aebutia*. *Ex lege* (mais non *legitimum*) est le *judicium imperio continens* qui est donné par le magistrat *ex lege (Aquilina, etc.....)*. De même, le *tutor legitimus* est le *tutor ex lege XII Tab.*, et, à l'inverse, le *tutor ex lege* (mais non *legitimus*) est celui qui est donné par le magistrat *ex lege Atilia*. Gaius distingue donc en réalité *legitimum* et *ex lege* ».

Si, d'après cette manière de voir, nous traduisons le § 109 de Gaius, nous aboutissons au résultat suivant dont la singularité n'échappera à personne, et sur lequel nous nous dispenserons d'insister davantage : « D'ailleurs, le *judicium*

1. La seule lecture du IV. 109 de Gaius, suffit, croyons-nous, à réfuter cette manière de voir. D'autres auteurs ont commis la même erreur : Eisele, dans ses « Abhandlungen zum römischen Civilprocess » (II, p. 67-109), et Jörs, « Römische Rechtswissenschaft der Republik » (I, p. 179-180), pour ne citer que les principaux.

peut provenir de quelque loi, et n'être pourtant pas légitime ; et, à l'inverse, il peut ne pas provenir de quelque loi et être malgré cela légitime ». De plus, la comparaison que Gradenwitz établit entre la tutelle et le *judicium* est au plus haut point désastreuse, car les sources, en ce qui concerne la légitimité des tuteurs, disent précisément le contraire de ce qu'affirme le critique ; Ulpien, notamment (XI, 23), s'exprime de la façon suivante : *Legitimi tutores sunt, qui ex LEGE ALIQUA descendunt* : ; c'est dans les mêmes termes que Paul (Dig. L. II, t. XIV, l. 6) parle de la *conventio legitima* ; enfin Gaius lui-même doit nous être un guide suffisamment sûr lorsqu'il dit des *judicia legitima* que ce sont ceux qui *legitimo jure consistunt*. L'opinion de Gradenwitz conduit enfin à reconnaître une institution d'une nature particulière, un *judicium* hybride, qui se trouve tout à la fois *ex lege et imperio continens* ; comment une réglementation purement honoraire peut-elle en même temps reposer sur le droit civil ? Nous n'avons pas la prétention de l'expliquer.

CHAPITRE V

La légitimité des *judicia*. — Rapport du *judicium legitimum* et du *judicium imperio continens*.

L'origine et la signification qu'il convient d'attribuer au *judicium legitimum*, le rapport dans lequel cette institution se trouve avec le *judicium quod imperio continetur*, constituaient récemment encore, pour la critique moderne, des énigmes indéchiffrables, et, notamment, les tentatives faites pour découvrir la nature de la légitimité des *judicia*, n'avaient été marquées que par des échecs ; la question était, dans les manuels et dans les cours, ou passée sous silence, ou brièvement traitée par les auteurs. Keller, se

demandant quel sens doit être donné au mot *legitimum*, répondait par un obscur compromis : « *Legitimum*, dit-il dans son étude sur la litiscontestation (p. 112), heisse das in formeller Beziehung echte, civile Judicium » ; dans son « Civilprocess », et bien que Puchta, dans l'intervalle, ait découvert l'idée exacte en rattachant à la loi Aebutia la légitimité du *judicium*, cette institution n'est plus qualifiée que du nom de « pure » (das echte); l'épithète de « civile » a disparu. Quant au point de savoir ce qu'il faut entendre par cette « pureté », c'est ce que Keller ne dit pas; Voigt et Dernburg se contentent par la suite d'enregistrer l'opinion de Puchta sans paraître en comprendre toute l'importance; Zimmern, dans son « Traité des Actions chez les Romains », n'apporte, somme toute, dans la discussion aucun argument nouveau et ne fait que reproduire les idées de ses devanciers : « Ce n'est que par Gaius, dit-il au § 34, que nous connaissons la différence entre les instances légitimes et celles *quae imperio continentur*; il la signale encore comme étant de son époque, sans cependant nous donner des raisons fondamentales de cette différence. Elle ne peut évidemment s'expliquer que d'une manière historique et en remontant à des temps fort reculés..... Dans les *judicia legitima*, comme dans les *imperio continentia*, on procède par formules; mais dans ces derniers on se réfère au droit honoraire, comme d'ailleurs l'indique déjà la dénomination, tandis que dans les premiers il y a ordinairement relation avec l'ancien droit civil ». Kuntze, Bethmann-Hollweg, ne parlent de cette question que dans des endroits séparés, sans y consacrer aucune mention spéciale; Willem's, dans son « Droit Public », procède sous forme d'un pur renvoi au texte des Institutes, de telle sorte qu'il faut arriver à une époque relativement récente pour trouver sur le point qui nous occupe, et des développements de quelque étendue, et des conclusions véritablement scientifiques.

Mommsen, dans son « Droit Public romain », sans avoir

toutefois l'intention de donner une théorie complète de la *jurisdictio*, a pourtant déjà été conduit, en traitant de la compétence des magistrats, à parler de la distinction des *judicia*. Le passage le plus important à notre point de vue s'exprime de la façon suivante (t. I, p. 214 de la traduct. franç.) : « La juridiction civile embrasse la division de toutes les contestations qui peuvent surgir entre les citoyens ; et, par suite, elle comprend une portion importante des matières qui rentrent aujourd'hui dans le droit criminel, en particulier toutes les atteintes à la propriété. Il est en principe pourvu à cette division par la nomination d'un juré unique (*judex unus*). C'est la nomination de ce juré qui sépare profondément notre procédure tant de la justice criminelle que de la justice administrative, et c'est elle que désigne en première ligne, au sens strict, l'expression *juris dictio*. C'est la forme de procédure la plus ancienne, et, du moment que l'on s'en écarte en quelque chose, par exemple si le procès est engagé entre un citoyen et un non-citoyen ayant droit à la protection des lois, ou entre deux individus de cette espèce, s'il n'est pas tranché par un seul juré mais par plusieurs (*recuperatores*), on ne considère pas l'instance comme fondée directement sur la loi, mais comme reposant sur le pouvoir discrétionnaire du magistrat, sur son « *imperium* » ; la pensée de l'auteur est du reste complétée par une note ainsi conçue, se référant aux derniers mots du passage cité : « C'est là-dessus que repose l'opposition du *judicium quod legitimo jure consistit* (dans la langue habituelle, *judicium legitimum*) et du *judicium quod imperio continetur* (dans la langue habituelle *judicium imperio continens*) de Gaius, IV, 103 et s. ». Il semble donc que l'on puisse définir ainsi qu'il suit le *judicium imperio continens* : c'est celui qui ne résulte pas directement de la loi, mais qui repose sur le pouvoir discrétionnaire du magistrat (« es wird aufgefasst als beruhend nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern als beru-

hend auf der discretionären Gewalt des Magistrats »); mais une telle définition n'est pas sans laisser quelque doute dans l'esprit : quelle est donc cette loi sur laquelle repose, et repose indirectement, l'institution dont il s'agit? C'est ce que Mommsen ne nous dit pas. Quant au *judicium legitimum*, c'est, si l'on s'en tient à divers passages du « Droit Public », « une procédure de la très ancienne et rigide forme du droit, qui repose sur l'*imperium* du préteur en tant que la loi a assigné au préteur, d'organiser ce *judicium* au moyen de son *imperium* » (« das Gericht im ältesten Kreise ü. der strengen Rechtsform, welches sich auf das Imperium stütze, insofern das Gesetz den Praetor angewiesen hat, durch sein Imperium dieses Gericht herbeizuführen »¹⁾). Cette seconde définition ne nous paraît pas plus satisfaisante que la première : il semble en résulter que le *judicium legitimum* était déjà connu du droit romain, comme institution établie depuis longtemps, lorsque la loi (et, demandons-nous toujours, quelle loi? a remis au préteur le soin d'en organiser de semblables; ne sont donc, d'après Mommsen, légitimes, que les procès réglementés par le préteur, non pas en exécution d'une loi quelconque, mais d'après une loi déterminée, d'après la (?) loi, et, de plus, d'une façon déterminée à l'avance, dans la très ancienne et rigide forme du droit. Par ces derniers mots, Mommsen fait allusion aux caractères essentiels du *judicium legitimum* (Gai. IV. 404), mais sa définition n'en semble pas rendue plus claire et, malgré la correction contenue dans la troisième édition du « Droit Public » (« das Gericht im ältesten Kreise » au lieu de « das Gericht der strengen Rechtsform »), nous paraît encore quelque peu confuse.

La découverte de la valeur véritable du prédicat *legitimum* paraît donc être, sinon impossible, du moins fort difficile, puisque les meilleurs auteurs ne peuvent donner sur ce point que des réponses fort incertaines. Il n'en est

rien; comme le remarque, en effet, Wlassak, qui le premier a su résoudre cette délicate question, le motif de cet insuccès tient à ce que l'on ne veut pas « remarquer ou admettre la déduction la plus simple et la plus immédiate ».

Dans la langue des littérateurs comme dans celle des juristes, légitime (*legitimus, a, um*) signifie ce qui est fixé par la loi, ce qui provient d'une *lex*, ce qui est *ex lege*; la légitimité est donc un attribut de nature déterminée : dire d'une chose qu'elle est légitime signifie que cette chose est organisée, réglementée par une loi. Nombreux sont, dans les textes, les exemples que l'on peut invoquer à l'appui de cette acception du mot *legitimum*; nous n'indiquons que les principaux :

Paul, Dig. L. II, t. XIV, l. 6 : *Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur.....*; —

Ulpien, Dig. L. XXXVI, t. I, l. 6 § 4 : *Meminisse autem oportebit, de herede instituto Senatum loqui, ideoque tractatum est apud Julianum, an intestato locum habeat; sed est verius, eoque jure utimur, ut hoc Senatusconsultum ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi, sive honorarii sint successores*; —

Servius, Dig. L. IX, t. III, l. 3, parle, à propos de l'*actio, quae competit de effusis et dejectis*, d'une *actio legitima*; —

Maecien, Dig., L. XXXV, t. II, l. 32 pr. : *Pœnales actiones, sive legitimae, sive honorariae.....*; —

Ulpien, Règles, XII, 1 : *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur*.

Par conséquent, de même que la *conventio legitima* est celle *quae lege aliqua confirmatur*, que les *successores legitimi* ou les *curatores legitimi* sont ceux dont le rôle est déterminé par une loi, de même, selon nous, un *judicium legitimum* sera le *judicium* qui sera réglementé par une *lex*. Si un doute restait sur ce point, il suffirait, pour le

faire disparaître, de renvoyer au Comment. IV, § 103, des Institutes de Gaius, qui désigne d'une façon suffisamment claire les *judicia legitima* comme ceux qui *legitimo jure consistunt*.

Cette notion du *judicium legitimum* est-elle complète? Certains auteurs ne l'ont pas cru : d'après Pernice¹, le IV. 103 de Gaius doit se compléter par le paragraphe suivant, et le *jus legitimum* se compose de divers éléments qui en sont les parties consécutives :

1° L'instance doit être organisée à Rome ou dans le premier mille autour de Rome ; —

2° Les plaideurs doivent être citoyens romains ; —

3° La cause doit être déferée par le préteur à un juré unique.

Le procès légitime serait ainsi, non pas celui à l'origine duquel se trouve une loi, quel que soit le contenu de cette dernière, mais le procès pour lequel « la loi oblige le préteur à établir à Rome un juge unique entre de seuls citoyens romains ». Nous croyons, au contraire, que la légitimité des *judicia* dépend non pas du contenu, mais uniquement de la présence d'une loi ; « ce que règle la loi, c'est, pour le *judicium* comme pour tout, sans grande importance pour la question de la légitimité ». La preuve de cette affirmation peut se faire sans grandes difficultés : si, en effet, l'idée de Pernice était exacte, on ne devrait trouver l'épithète de *legitimum* appliquée au procès qu'au cas où celui-ci satisferait à toutes les conditions requises par le IV. 104 de Gaius ; en particulier les procès criminels, qui obéissent à un droit tout autre que le *jus legitimum* du IV. 103 ne pourraient jamais être qualifiés de légitimes ; si nous trouvons, en ce qui les concerne, l'épithète en question, nous serons fondés à considérer comme inadmissible l'opinion de Pernice, et comme seule exacte la notion

1. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, R. A., L. XVIII, Parerga II, p. 122.

que nous avons donnée. Or, plusieurs textes nous présentent le prédicat *ex lege* ou *legitimum* attribué au *judicium* dans des cas où ce dernier n'était certainement pas le *judicium quod legitimo jure consistit* de Gaius :

Cicéron (Pro Cluentio, c. 53 § 147), parlant de la *quaestio* organisée contre A. Cluentius, accusé d'empoisonnement et de subornation de juges, s'exprime ainsi qu'il suit : *Opinor haec omnia lege fieri, totumque hoc judicium (ut antea dixi) quasi mente quadam regi legis, et administrari*; —

Gaius, Dig. L. XXIX. t. V, l. 25 § 1 : *Praeterea cavetur, ut de his qui ante quaestionem habitam fugerint, si aperto testamento liberi scripti inveniantur, lege de sicariis judicium fiat,.....*; —

Macer, Dig. L. XLVIII, t. I, l. 1 : *Non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt,.....*; —

Le Monumentum Ancyranum dit de même à propos de la *quaestio extraordinaria* organisée en 711 contre les meurtriers de César : *qui parentem meum (interfecer)u(nt eos) in exilium expuli judiciis legitimis ultus eorum (fa)cinus*.

Nous sommes donc en droit de conclure que, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la légitimité n'est pas autre chose que le fait de la provenance d'une loi, abstraction faite des règles par elle édictées. Mais cette provenance n'a pas lieu dans tous les cas de la même manière; il y a, en effet, deux sortes de légitimités : une institution peut reposer sur la loi soit directement, soit indirectement; c'est ce que nous indique, de la façon la plus claire, Ulpien (XI, 3), à propos des tuteurs : *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni*¹. Sans nous arrêter à critiquer cette division

1. Cpr. aussi Ulpien, Dig., XXVI, iv, l. 3 pr.; — Gaius, I, 165.

que les juristes romains, aussi bien que les auteurs modernes reconnaissent comme inexacte (Dig., L. XVI, l. 130), remarquons simplement qu'un héritier, un tuteur seront légitimes d'une façon directe, lorsqu'ils seront appelés à l'hérédité ou à la tutelle non pas par la volonté du testateur ou du magistrat, mais par la volonté de la loi, qui attache à certains degrés de parenté la vertu de délation. Que faut-il penser des *judicia*? Sont-ils légitimes *palam*, ou, au contraire, *per consequentiam*? Nous avons admis plus haut que les Romains ne donnaient le nom de *judicium* qu'à la procédure avec formule écrite, réservant pour l'ancien système le nom d'*actio*; or le *judicium*, dans ce sens n'est pas uniquement établi par la loi : le préteur, les parties y jouent un rôle prépondérant, le premier en rédigeant la formule et en nommant le juge, les seconds en fournissant au magistrat les éléments essentiels pour la rédaction de l'écrit qui doit servir de guide au *judex*; on peut donc, semble-t-il, conclure avec quelque raison qu'un *judicium legitimum* qui, en dernière analyse, est surtout l'œuvre du préteur, n'est pas directement fondé sur la loi.

De tout ce qui précède, il résulte, et c'est à cela que tendait notre développement, que l'on peut définir de la façon suivante l'institution qui nous occupe :

Le judicium legitimum est celui que le magistrat instruit d'après les règles d'une loi.

Cette déduction, si simple et si logique qu'elle paraisse, d'après laquelle il faut voir dans tout *judicium legitimum* un *judicium ex lege*, n'est pourtant pas acceptée par tous les auteurs, et nous avons examiné précédemment la traduction étrange que donnait Gradenwitz du IV. 109 des Institutes de Gaius. Contentons-nous d'ajouter ici que ce juriste explique de façon suffisante, sans qu'il soit besoin de recourir à certaines subtilités, la légitimité des *judicia* lorsqu'il déclare (IV. 102) que ce sont ceux qui *legitimo jure consistunt*.

En somme, et si l'on veut examiner les choses de près, il ne faut voir dans la division des procès instruits avec formule écrite qu'un reflet de la distinction, fondamentale en droit romain, des deux sources les plus importantes du droit; de même que les *successores legitimi* s'opposent aux *successores honorarii* (Dig., XXXVI, I, l. 6. § 1; — cpr. notamment, au point de vue de l'identité de *legitimus* et de *legitimo jure* avec le II, 23, 10 des Institutes de Justinien), de même que les curateurs sont tantôt légitimes, tantôt honoraires (Ulp. XII, 1), et que l'*actio legitima* fait pendant à l'*actio honoraria* (Dig. IX, III, l. 5 § 12; — Dig., XXXV, II, l. 32 pr.; — Gai IV, 34), de même les instances seront civiles ou prétoriennes; tantôt la procédure sera régie par la loi (*judicium legitimum*), tantôt au contraire elle obéira aux règlements du préteur (*judicium imperio continens*). Le *judicium legitimum* repose uniquement sur la *lex*, et ne dépend, en aucune façon, de l'*imperium* du préteur.

Telle n'est pas, nous l'avons vu déjà, la manière de voir de Mommsen ¹ : « Il n'est pas superflu, dit cet auteur, de rappeler ici que le *judicium legitimum* est fondé autant que le *judicium quod imperio continetur* sur l'*imperium*, et que la paraphrase exacte pour celui-là est « le jugement institué en vertu de l'autorité conférée au magistrat par la constitution de l'État », pour celui-ci, « le jugement institué en vertu de l'autorité du magistrat délivrée des limitations constitutionnelles ». Lange ², de même, déclare que la juridiction du préteur urbain est tout autant fondée sur l'*imperium* que celle du préteur pérégrin; si les instances instruites devant le premier s'appellent légitimes, c'est que son pouvoir est limité par certaines lois; au fond,

1. Mommsen a traité à diverses reprises cette question de la légitimité des instances. Voir notamment : Richters krit. Jahrbücher, L. XVIII, p. 876, note; — Die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat, p. 22-24, n. 48-50 et 52; — Stadtrechte von Salpensa, p. 435, n. 129; — Röm. Staatsrecht, L. I, p. 66, 182-187, 613, 614; L. II, p. 221; L. III, p. 529, n. 3.

2. Röm. Altertümer, L. I, p. 788, 789.

conclut cet auteur, la distinction des deux genres de procès chez Gaius est faite en des termes illogiques.

Cette théorie, qui voit une activité propre au préteur, aussi bien dans le *judicium legitimum* que dans le *judicium imperio continens*, nous semble partir d'une fausse conception du rôle reconnu à Rome aux magistrats judiciaires. Mommsen et Lange procèdent de cette idée, sans toutefois donner de motifs à l'appui de leur assertion, que les Romains attribuent comme propre au magistrat l'activité qu'il possède uniquement en vertu d'une délégation de la loi, qu'ils le conçoivent comme ayant une volonté individuelle particulière, indépendante de la volonté du peuple, dans tous les cas où il agit en exécution de celle-ci. Or, on peut tout aussi bien admettre la thèse contraire, et ne voir dans le magistrat qu'un simple organe de la loi, dans toutes les hypothèses du moins où celle-ci règle son action ; l'*imperium* ne jouerait alors de rôle que dans les procès extra-légaux, dans les *judicia imperio continencia* ; quant aux *judicia legitima*, ils ne seront pas organisés par le préteur, mais bien par la loi elle-même ; c'est elle qui, pour eux, ordonnera et parlera, et le préteur ne sera qu'un pur intermédiaire.

Cette conception, indiquée pour la première fois par Wlassak dans l'introduction du premier volume des « *Römische Processgesetze* », se fortifie singulièrement et paraît concluante contre l'opinion de Mommsen et de Lange, si l'on remarque que, sur un point analogue, la langue juridique commet le même « illogisme » critiqué par ces deux auteurs à propos des *judicia*.

Nous avons précisé plus haut notre manière de voir par une comparaison : de même, avons-nous dit, que l'*actio legitima* fait pendant à l'*actio praetoria*, de même le *judicium legitimum* correspond au *judicium imperio continens*. Or, la conception romaine de l'*actio legitima* est sans aucun doute la suivante : c'est la loi, et la loi seule, qui en est la

dispensatrice; en tant que le magistrat admet une action civile, « il est entièrement administrateur du domaine d'autrui, et n'accorde rien qui lui soit propre »; une telle action est toujours *lege data*, elle n'est jamais *a praetore prodita*. C'est ce que nous montrent certains textes qui, d'une part, accusent sa descendance directe de la *lex*¹ (*actio lege data, lege prodita, lege constituta; actio quae ex lege competit; agere ex lege ou lege agere*); d'autre part n'indiquent jamais le magistrat comme un concessionnaire d'action civile (Gai. IV, 112; — Dig., L. II, t. XIII, l. 9 pr.). De plus, et nous ne faisons que répéter ici une assertion plusieurs fois indiquée déjà, alors que le prêteur promet dans son édit de donner des *judicia*, jamais l'on ne trouve par contre l'expression *actionem dabo*; pour-quoi cette abstention, relativement aux actions civiles, de toute promesse édictale? Le motif s'en trouve, à notre sens, dans l'idée, propre aux Romains, que le prêteur est, sur ce point, entièrement subordonné au droit civil.

Il ne faudrait pas croire pourtant que, dans la délivrance des actions légitimes, l'activité du magistrat fût inexistante; c'est lui qui, dans la procédure formulaire, libelle les actions reposant sur la loi; il insère dans son album leur schéma modèle aussi bien que celui des actions par lui créées, et cependant, nous avons vu que le langage des Romains démentait pour elles toute activité prétorienne. Ce nous est, contre l'opinion de Mommsen, une puissante considération d'analogie, de telle sorte qu'il nous semble permis de décider que le *judicium legitimum*, de même que l'*actio legitima*, ne repose en aucun cas sur l'*imperium* du prêteur, mais découle toujours de la *lex*. C'est la conclusion à laquelle nous avons été amenés déjà par le seul examen du prédicat *legitimum*.

L'importance de cette controverse se manifeste lorsqu'on

1 Voir sur ces textes, Wlassak, Edict. Klageform, p. 61-66.

examine la question de savoir si la nomination des juges peut subsister et s'ils peuvent rendre une sentence encore valable après la cessation des fonctions du magistrat qui les a choisis. Si l'on adopte la manière de voir de Mommsen, il semble logique de dire que tout *judicium legitimum* comme *imperio continens*, doit s'éteindre aussitôt que cessent les fonctions du magistrat qui l'a organisé; la *lex*, fondement du *judicium legitimum*, joue d'après Mommsen un rôle si subalterne, que l'on ne conçoit pas comment, sur son fondement, le résultat contraire aurait pu se produire; comme l'affirme Voigt¹, par une déduction logique du principe, contestable à notre sens, d'où il procède, « le retrait de l'*imperium* doit entraîner après lui la *mors litis*, éteindre l'*officium judicis* d'après les principes du mandat ». Ce principe fut limité par la loi Julia aux *judicia imperio continendia* qui furent seuls désormais à être atteints par la retraite du magistrat. Loin d'adopter ces conséquences, en harmonie parfaite avec l'opinion qu'il professe, Mommsen considère, et en cela nous sommes pleinement d'accord avec lui, que « le jury institué d'après la loi rend à toute époque une sentence valable, et qu'il est vraisemblable que, avant la loi Julia, on ne connaissait pas en général de péremption de procédure pour le *judicium legitimum* ». Exacte en elle-même, cette idée n'est compatible qu'avec notre conception du *judicium legitimum*, et Mommsen, en l'adoptant, se montre en contradiction singulière avec l'idée qu'il se fait de la *lex*, base de cette institution.

Le *judicium legitimum* est donc bien le *judicium* qui repose sur une *lex*. Cela étant, comment déterminerons-nous la loi qui sert de fondement au *judicium legitimum* particulier que nous décrit Gaius, au Commentaire IV, §§ 104 et s. de ses Institutes,

Avant de donner à cette question une réponse, facilitée

1. Die XII Tafeln, L. I, p. 552, n. 42.

du reste par nos développements antérieurs, précisons une fois encore la distinction entre *legis actio* et *judicium legitimum*.

Un examen rapide des sources nous permet d'affirmer deux choses : d'une part, l'une des deux institutions est complètement séparée de l'autre, de telle sorte que l'expression *judicium legitimum* ne comprend jamais le procès avec *legis actio* ; d'autre part, conséquence logique tant de cette idée que de notre étude sur le mot *judicium*, la formule écrite est un élément constitutif de l'« instance légitime », non seulement à l'époque où se placent les quelques auteurs que nous allons indiquer, mais encore dès l'origine même de l'institution ¹. Cela ressort particulièrement de certaines assertions de Gaius et d'Ulpien, sur lesquelles nous nous dispenserons d'insister :

Gai. I, 184 : *Olim, cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat;..... Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desiisse, aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo judicio agatur.*

Gai. IV, 107 à 108, après avoir dit que l'effet extinctif de la litiscontestation avait lieu tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*, dans les *judicia legitima*, ajoute : *Alia causa fuit olim legis actionum.....*

Ulpien, Règles, XI, 24 : *..... pupillo, qui cum tutore suo lege aut legitimo judicio agere vult,.....*

Ulp., eod. l., 27 : *..... tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo judicio agant.*

Par conséquent, la formule écrite ayant été, d'après

1. C'est là, croyons-nous, une idée essentielle et d'une importance considérable. Elle semble pourtant méconnue par la généralité des auteurs. Mommsen ne mentionne jamais la formule écrite parmi les éléments constitutifs du *judicium legitimum*; Rudorff, Puntchart et Schmidt observent le même silence.

Gaius (IV. 30) introduite par la loi Aebutia, il est impossible que le *judicium legitimum* ait existé avant cette loi. Mais, par contre, on pourrait fort bien en voir la naissance dans la réforme aebutienne, de telle sorte qu'il ne nous paraît pas osé d'affirmer que : la loi Aebutia est la source des instances légitimes dont traitent les §§ 104 et s. du commentaire IV des Institutes de Gaius.

DEUXIÈME PARTIE

La Réforme Aebutienne.

CHAPITRE PREMIER

Le contenu de la loi Aebutia.

L'influence de la loi Aebutia sur la très ancienne procédure des actions de la loi est attestée par deux récits qui permettent de préciser la nature de la réforme.

Au paragraphe 30 du Commentaire IV de ses Institutes, Gaius s'exprime de la façon suivante :

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura considerunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus.

D'un autre côté, Aulu-Gelle fait dire, dans les Nuits Attiques (XVI, 10, 8), à un juriste anonyme :

Sed enim cum proletarii et assidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo juris et legum vocationemque earum quibus utimur.

Entre ces deux récits, qui proviennent à peu près de la

même époque, on peut relever de notables différences. Alors que Gaius nous indique, comme ayant aboli l'ancien système de procédure, trois lois distinctes, la loi Aebutia et les deux lois Julia, Aulu-Gelle ne mentionne, dans cette tâche, que la première; de plus, le premier auteur attribue aux trois lois, en même temps qu'une force abolitive, une vertu créatrice que le second passe sous silence; enfin, les mots employés par les deux récits pour caractériser l'œuvre destructive du ou des textes législatifs ont une signification séparée : ici, il est parlé d'un *consopiri*, là d'un *tollere*.

Le récit auquel nous devons accorder la préférence est sans contredit celui de Gaius : Gaius est un juriste, familiarisé avec les termes qu'il emploie, basant sa connaissance du droit antérieur sur des documents d'authenticité certaine, ayant enfin l'intention d'étudier, au paragraphe cité, la réforme aebutienne; Aulu-Gelle, au contraire, est un littérateur, qui ne se propose nullement d'examiner l'œuvre de la loi Aebutia, à laquelle il ne pense que par hasard, et qui ne dédaigne pas, à l'occasion, de montrer son ignorance du droit ou même son mépris pour de telles études.

Nous admettons donc, avec Gaius, qu'il y eut plusieurs lois abolitives du système des actions de la loi, bien qu'Aulu-Gelle n'en mentionne qu'une, et, en ce qui concerne les mots différents par lesquels les deux auteurs, le juriste et le littérateur, caractérisent la façon dont fut opérée cette mise à l'écart, nos préférences iront à la terminologie de Gaius. Nous n'attacherons donc aucune importance au *consopiri* d'Aulu-Gelle, qui s'explique par la situation particulière de celui qui l'emploie¹, et nous déciderons que les *legis actiones* ont été détruites (*sublatæ*) par

1. Comme le remarque avec raison Wlassak, Röm. Processg. L. I, p. 60, le porte-parole d'Aulu-Gelle s'amuse « de pouvoir dire des *vades*, *subvades* et autres choses antiques de même espèce, qu'elles sont allées à un repos bien mérité ».

la loi Aebutia, quitte à déterminer plus tard dans quelle mesure.

Tel n'est pourtant pas l'avis de Puntchart¹. Cet auteur se base sur le *consopiri* d'Aulu-Gelle pour décider que la loi Aebutia n'a pas directement aboli la *legis actio*, mais n'eut pour résultat que de la faire tomber en désuétude, de l'assoupir (« einschlafen »), en plaçant à côté d'elle et pour le même usage une procédure formulaire du droit honoraire: ce n'est que par les lois Julia que la réforme aurait été complétée, le droit prétorien ayant été élevé au rang de « procédure ordinaire légale de l'Empire ». Cette idée n'est pas nouvelle dans la littérature allemande, et Rudorff² avait déjà affirmé que la loi Aebutia « substituait à l'ancien système civil d'actions de forme pontificale et d'autorité privée légalisée (*legis actiones*) une législation judiciaire du magistrat et une aide juridique des préteurs ». Rien n'est, croyons-nous, moins exact. Outre qu'elle est contraire à la lettre de Gaius, cette théorie contredit, de plus, une idée fondamentale du droit romain.

Le mot *tollere* désigne sans conteste, chez notre juriste, une abolition directe, immédiate, et non une simple gêne causée par la création d'un autre droit; c'est ce que nous montrent d'autres passages du même auteur où ce mot cache évidemment toujours la même idée: le I, 111, où il est dit, du mode d'établissement de la puissance maritale au moyen de la *manus* :..... *Sed hoc totum jus partim legibus SUBLATUM est*.....; — le I. 157 et 171, où il est parlé en ces termes de la loi Claudia qui abolit la tutelle légitime des femmes :*lex Claudia laia est, quae quod ad feminas attinet, agnatorum tutelas SUSTULIT*....., *cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia SUBLATAE sint*; — enfin, le IV, 116^b qui porte :*obligatio pacto convento non TOLLITUR*,

1. Civilrecht, p. 119-126; — Rede, p. 52, 61; — de même, Brinz, Münchener krit. Vtljschr., L. XXXIII, p. 228.

2. Rechtsgeschichte, L. I, p. 104.

sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli. D'autre part, l'interpolation par laquelle Puntschart cherche à expliquer Gaius (« *sublatae istae legis actiones SCILICET JURE HONORARIO.....* ») est contraire au principe de droit romain d'après lequel une loi civile ne peut être abolie que par une autre loi, et non par des règles honoraires. Remarquons, enfin, qu'une loi n'était nullement nécessaire dans ce but, et que, si les Romains avaient désiré un remplacement progressif de la procédure légale par une procédure honoraire, il n'y aurait nullement eu besoin d'abolir par une disposition expresse les actions de la loi; l'*imperium* du préteur suffisait dans cette tâche.

Puntschart paraît avoir prévu cette objection; aussi fait-il de la loi Aebutia une loi constitutionnelle, accordant au préteur urbain la « *potestas juris civilis supplendi et corrigendi* » qui lui faisait jusqu'alors défaut, pendant que le préteur pérégrin n'était autorisé qu'à suppléer et à corriger le droit créé par son collègue. Malheureusement, à l'appui de cette assertion, Puntschart n'invoque qu'un passage d'Aulu-Gelle (XX. 10, 9) qui, tel qu'il est conçu dans les manuscrits, ne prouve pas grand'chose en faveur de sa thèse; bien plus, les philologues (Martin Hertz) comme les juristes (Karlowa) sont d'accord pour admettre, dans le texte en question, la leçon « *satis jurisdictionis negotiis occupati* » à la place de « *datis jurisdictionibus negotiis occupati* », de telle sorte qu'Aulu-Gelle n'a nullement l'intention de traiter d'une extension de la compétence des préteurs, et, par suite, ne s'occupe en rien de la loi Aebutia.

Il nous paraît donc bien établi que les actions de la loi ont été directement écartées par la loi nouvelle. Ce n'est pas tout : cette loi a introduit aussi une nouvelle procédure, la procédure *per concepta verba* ou *per formulas*; bien qu'Aulu-Gelle soit muet sur ce point, cette création d'un droit nouveau ne nous semble pourtant pas contestable, attestée qu'elle est par le passage suivant de Gaius

que nous transcrivons à nouveau : *Per legem Aebutiam et duas Julias, sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*. Il est, croyons-nous, impossible, de retirer de ce passage une autre impression que la suivante : les *legis actiones* ont été abolies par trois lois qui ont introduit aussi le *litigare per concepta verba*, et il serait déraisonnable d'attribuer l'abolition de l'ancien système à l'une des lois, pour ramener à l'autre la création de la nouvelle procédure¹.

Nous ne prétendons pas cependant que la loi Aebutia ait créé de toutes pièces le système formulaire; il se peut qu'avant cette loi il y eût, dans la procédure des actions de la loi, quelque chose d'analogue à la *formula*, et que la procédure nouvelle fût en quelque sorte la copie d'un modèle préexistant². Mais il ne faudrait pas exagérer cette idée, et aller jusqu'à admettre, avec Bekker³, l'existence d'une « procédure des *legis actiones* avec formules »

« *Legisactionenprocess mit Formeln* ». Une telle théorie nous semble inadmissible; de deux choses l'une en effet, ou c'est la *legis actio* qui est nécessaire, essentielle, et alors il n'y a pas de formule : ou c'est la formule, et alors il n'y a pas de *legis actio*, il y a formule partout : la *formula* « élément dominant » tel que la conçoit Bekker, est inconciliable avec la *legis actio*: elle ne peut valoir que

1. L'opinion courante conteste cependant que la loi Aebutia « ait introduit ou ordonné la formule ». Sic, Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, L. II, p. 6 et n. 7; — Bekker, *Actionen*, L. I, p. 91; — Eisele, *Mat. Grundlage der Exceptio*, p. 165-167.

2. Tous les auteurs, ou presque, s'accordent sur cette idée; mais des divergences se produisent quand il s'agit de déterminer la nature de ce modèle préexistant. D'après Keller, *Civilprocess*, § 18, quelque chose d'analogue à la formule avait déjà existé, depuis la loi Calpurnia, dans la *l. a. per conditionem*; Huschke suppose que les *concepta verba* étaient auparavant connus dans les procès entre pérégrins. D'après Girard, *Droit romain*, p. 986, « le plus simple est de voir là une imitation d'institutions provinciales, une importation de ce qui se pratiquait déjà dans certaines provinces depuis la conquête ».

3. *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, L. V, p. 341-356.

comme document probatoire, « dans le but de reproduire les actes de procédure précédents » et non comme une règle à laquelle le juge devrait se reporter, au cas de non-concordance entre le texte écrit et les paroles solennelles des parties.

Quand se produisit cette réforme procédurale? Autrement dit, quelle date doit être assignée à la loi Aebutia? L'accord commence à se faire, sur cette question, parmi les auteurs, et les travaux de MM. Wlassak et Girard permettent d'affirmer, avec une certitude presque complète, que la loi est antérieure aux écrits de Cicéron, et qu'elle se place nécessairement entre l'année 605, où rien n'indique encore son apparition, et l'année 628, où l'on rencontre de tous côtés des témoignages certains de son existence. Nous tenons ce point pour établi, sans y insister davantage¹.

Mais à côté de ces questions diverses soulevées par la loi Aebutia, sur la solution desquelles l'accord s'est fait ou semble près de l'être, il en est une qui, depuis de longues années, exerce l'imagination des romanistes modernes et donne lieu à des conjectures qui témoignent parfois de plus de hardiesse d'esprit que de base véritablement rationnelle : c'est celle de la portée exacte de la réforme aebutienne. La difficulté réside dans la conciliation des textes qui, après cette loi, attestent un développement continu du système formulaire, et de ceux qui, à la même époque, témoignent de la survivance des actions de la loi. Quel fut le principe dont s'inspira la loi de réforme en introduisant les formules et en abolissant les *legis actiones*? Quelle ligne de démarcation tire-t-elle entre les deux procédures? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner; abordée bien des fois, elle a été résolue de

1. Cf. Girard, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, L. XIV, p. 44-54; — N. R. Histor., 1897, p. 249-294; — Dans le même sens, Bekker, Ztschr. d. S. S., L. XV, p. 464; — Erman, id., 19, 1899, p. 285, n. 2.

bien des façons; nous ne croyons pas qu'elle l'ait été d'une manière plus vraisemblable que par Wlassak. C'est son opinion que nous allons tenter d'exposer.

CHAPITRE II

La valeur de la *legis actio* après la loi Aebutia.

Trois lois différentes ont, nous dit Gaius, mis à l'écart la procédure des actions de la loi; quelle est la part qui, dans cette œuvre, revient à la loi Aebutia? L'absence d'informations positives sur un grand nombre de points ne permet pas de résoudre cette question avec une entière certitude, et les auteurs ne s'accordent jusqu'ici que sur une fort indécise proposition : la première loi doit avoir laissé à l'ancienne procédure un champ d'application plus vaste que les deux autres; la *legis actio* doit certainement, après la loi Aebutia, avoir été admissible dans des cas où l'on ne peut plus, depuis les *duae Juliae*, agir que *per concepta verba*.

Or, Gaius nous apprend que, la réforme intégralement réalisée, l'emploi de l'ancienne forme de procédure ne fut plus permis que dans deux cas : *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere : damni infecti, et si centumvirale iudicium futurum est*. Cette règle nous permet, dans une certaine mesure, de rechercher quelle fut la valeur de la *legis actio* dans l'époque intermédiaire qui s'étend entre la loi Aebutia et les deux lois Julia. En effet, un passage des œuvres de Cicéron (de Oratore, I, c. 38, § 173) nous donne pour cette époque le tableau de la compétence centumvirale : « *Nam volitare in foro,..... jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumludio-*

num, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stilicidiorum, testamentorum ruptorum ant ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur,..... ». Par conséquent, si, de toutes les actions de la loi que cet auteur nous atteste, comme droit existant au temps où il écrivait, nous défalquons les deux seuls cas où, après la loi Julia, il fût permis d'agir *lege*, il nous restera quelques procès qui ne sont ni de la compétence des centumvirs, ni de celle des decemvirs¹, et qui devaient par suite, à l'époque antejulienne, être portés devant un juge privé sans instruction rédigée par écrit.

Ce travail d'élimination aboutit aux résultats suivants et nous permet d'obtenir :

1° L'*actio furti nec manifesti*, dont le caractère de procédure orale est suffisamment attesté, croyons-nous, par l'opposition des deux mots *actio* et *judicium* dans un passage du « de Natura Deorum, III, c. 30 § 74 : « *Inde illa actio : ope consilioque tuo furtum aio factum esse; inde tot judicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito, aut conducto aut locato contra fidem fiunt; inde judicium publicum rei privatae lege Plaetoria; inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquillius..... protulit..... »;*

2° L'*actio familiae erciscundae* (de Oratore, I, c. 56, § 237); —

3° L'*actio rationibus distrahendis* (de Oratore, I, c. 36 §§ 166, 167); — cependant, on pourrait contester avec vraisemblance que cette action fût portée devant un *judex privatus*, car Cicéron fait, à propos des causes centumvirales, cette remarque : *in quibus..... tutelarum jura versantur*; mais, comme le remarque avec raison Bethmann-Hollweg², ce passage a bien plutôt pour but d'indiquer quel-

1. Mommsen, Staatsrecht, L. II¹, p. 591.

2. Ztschr. f. Gesch. Rechtswissenschaft, L. V, p. 364 s.

ques actions qui étaient fréquemment portées devant le tribunal des centumvirs que d'énumérer celles sur lesquelles il avait à statuer. De plus, si l'on devait nécessairement admettre que l'auteur eût en vue dans ce passage une action particulière, il faudrait penser plus à la *vindictio potestatis tutoris* qu'à l'*actio rationibus distrahendis*¹.

4° L'*actio de pauperie* dont un fragment nous a probablement été conservé par Q. Mucius (Dig., IX, I, l. 4, § 11) : « *aut noxiam sarcire, aut in noxam dedere oportere* ».

5° L'*actio auctoritatis*, dont la survivance sous la forme orale serait, s'il faut en croire un grand nombre d'auteurs², établie par une formule orale (*quando te in jure conspicio*) que Cicéron (pro Caec. c. 19, § 54) recommande au droit pratique; or, c'est en cette forme que l'acquéreur menacé d'éviction interpellait son vendeur pour le prier de venir *auctoritatem praestare* : « *Quando in jure te conspicio postulo anne fuas auctor* », dit par exemple Valerius Probus, en rapportant cette interpellation parmi les formules des actions de la loi (4, 7).

Nous trouvons donc, à l'époque de Cicéron, et, par conséquent, dans la période post-aebutienne et antejulienne, des procès instruits dans la forme orale. Mais que devint, après la loi de réforme, la valeur de chacun des *modi agendi* qui, d'après Gaius (IV, 12) sont au nombre de cinq : *sacramentum*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manus injectio*, *pignoris capio*? C'est une question que l'on ne peut résoudre en majeure partie que par des suppositions présentant dans les textes une base plus ou moins solide : les informations certaines, en effet, — abstraction faite d'un seul point, — font presque totalement défaut ; mais la cri-

1. C'est l'opinion qu'adopte Bethmann-Hollweg, Civilprocess, L. I, § 41, n. 24. En faveur de cette opinion, voir Wlassak, Negotiorum Gestio, p. 105, n. 6.

2. Lenel, Edict, p. 424, 427; — Karlowa, Beitrage zur Geschichte des römischen Civilprocess, p. 18, 19; — Bechmann, Kauf, I, p. 112-116; — Pflüger, Die L. A. Sacramenti, p. 35-46.

tique allemande n'en est pas moins arrivée; à l'aide d'ingénieuses déductions, à établir la persistance dans la période que nous envisageons, sinon de tous, du moins de quatre des *modi agendi*. C'est ce que nous allons voir en les examinant séparément.

1° La survivance de la *legis actio sacramento* est le seul fait qui nous soit attesté par les sources d'une façon absolument sûre. En effet, d'après Gaius, IV, 31, la procédure du serment n'a même pas été abrogée par les lois Julia : « *Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum* », nous dit ce juriste après avoir indiqué les seuls cas où il fût permis de *lege agere*. A l'appui de cet argument viennent en outre divers passages des œuvres de Cicéron qui témoignent de l'usage constant de cette forme de procès dans la période intermédiaire : nous citerons notamment le de Oratore I, c. 10 § 42, le pro Milone, c. 27 § 74, le pro Caec., c. 33 § 97 et le pro Domo, c. 29 § 78.

2° L'existence de la *legis actio per manus injectionem* peut être déduite avec une certitude presque complète de deux textes épigraphiques qui nous ont été transmis : la loi osque découverte en 1790 en Lucanie, sur l'emplacement de l'antique Bantia, et la Lex coloniae Genetivae Juliae, découverte en 1870 et 1874 à Osuna en Andalousie, sur l'emplacement de l'ancienne colonie d'Urso¹. En outre, mais uniquement à titre d'argument complémentaire, nous citerons une très incomplète inscription trouvée à Rome, fort probablement rédigée dans le courant du VII^e s. (C. I.

1. Nous passons sous silence l'inscription de Luceria, qui se place encore sous la procédure des *legis actiones* (500-550?) d'après ses commentateurs. La loi osque de Bantia a été éditée par Mommsen (Die unteritalischen Dialekte, 1850, p. 145 s.) et commentée par Kirchhof (Das Stadtrecht von Bantia) et Mommsen (Staatsrecht, VI^e, p. 333-335). La Lex Ursonensis a été l'objet, aussi bien en France qu'en Allemagne, d'une littérature abondante; nous citerons Mommsen, Ephemeris epigraphica, II, 1874, p. 105, 107, 221, 232; — III, 1877, p. 87-112, et Giraud, Les bronzes d'Osuna (trois ouvrages de 1874, 1875, 1876). — Cf. aussi Exner, Ztschr. f. R. G., L. XIII, p. 396.

L., t. VI, n° 3823) et dont les derniers mots lisibles mentionnent et la *manus injectio* et la *pignoris capio* : (*ma*)*nus injectio pignoris(que) ca(pio)*.

La loi osque de Bantia, statut municipal donné à la ville fédérée de Bantia par des commissaires romains, doit, si l'on tient pour exacte la date proposée par M. Kirchhof, se placer dans la première moitié du VII^e siècle, et être, par conséquent, soit contemporaine de la *lex Aebutia*, soit quelque peu postérieure. Les lignes 23, 24 et 25 du manuscrit (nous donnons, en regard du texte, la traduction latine de Mommsen (semblent bien mentionner une *manus injectio*.

PR. SVAE PRAEFUCUS POD POST EXAC BANSÆ FUST,
Praetor sive praefectus qui posthac Bantiae erit,
SVAEPIS OP EIZOIS COM ALTRUD LIGUD ACUM HEREST AVTI
siquis apud eos cum altero lege agere volet aut
PRU MEDICATUD MANIM ASERUM EIZAZUNC EGMAZUM, PAS
pro judicato manum asserere earum rerum, quae
EXAISCEN LIGIS SCRIPTAS SET, NE PIM PRUHIPID MAIS
hisce in legibus scriptae sunt, ne quem prohibeat magis
ZICOLOIS X NESIMOIS.
diebus X proximis.

Certes, cette loi n'est pas une loi romaine, mais les dispositions qui nous en ont été transmises sont remarquables par leur analogie avec les institutions romaines, de telle sorte que l'on peut, avec une grande apparence de vérité, supposer que ce statut n'est qu'une copie du droit alors existant dans la capitale de l'Italie.

Non moins important pour la question qui nous occupe est le chap. LXI de la *Lex Coloniae Genetivae*.

..... Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati jure manus injectio esto itque ei s(ine) f(rau)de s(ua) facere liceto. Vindex arbitrato II viri quive j(ure) d(icundo) p(raerit) locuples esto. Ni vindicem dabit judicatumve, faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim

faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonis(que) colon(iae) HSCCICCC CCICCC d(are) d(arnas) esto, ejusque pecuniae cui volet petitio II vir(o) quive j(ure) d(icundo) p(raerit) exactio judicatioque esto.

Ce chap. LXI, outre qu'il fournit sur la procédure de la *manus injectio* des informations précieuses, prouve que celle-ci n'avait pas été abrogée par la loi Aebutia, et existait toujours en 710, date de la *datio* de la loi d'Urso, du moins pour les colonies de citoyens; donc, par suite de la symétrie existant entre les institutions de Rome et celles de ses colonies, nous pouvons conclure que la procédure formelle d'exécution reste toujours en valeur dans le droit privé à l'époque antejulienne. Certes, il s'agit d'un statut municipal, et le chapitre cité ne régit — selon toute apparence — que le recouvrement d'une créance d'amende de la municipalité¹, sans établir de règle générale d'exécution; faut-il en conclure que la *legis actio per manus injectionem* n'était pas admissible dans les rapports des particuliers entre eux? Cette conclusion, comme le remarque avec raison Wlassak², ne serait concevable « que si l'accomplissement de la forme solennelle d'exécution, établie pour les représentants de la municipalité, avait assujetti le condamné à un traitement autre et plus rigoureux que la poursuite sans formes de l'exécution personnelle ». Or, rien n'est moins sûr, et il est fort probable que la *lex Ursonensis* nous présente le mode d'exécution ordinairement employé; adoptât-on l'opinion contraire, qu'il n'en serait pas moins vrai que la *manus injectio*, quoique dans une étendue restreinte, est encore en valeur après la loi Aebutia.

3° La *pignoris capio*, procédure d'exécution établie par l'usage ou la loi dans des hypothèses déterminées, nous est attestée, pour quelques-unes de ces hypothèses, par

1. Exner, Ztschr. f. R. G. L. XIII, p. 396.

2. Röm. Processg., L. I, p. 92, 93.

Cicéron et Caton. Cicéron (Verr. III, c. 11 § 27) semble bien l'avoir en vue quand il parle de l'action accordée aux publicains pour le recouvrement de l'impôt : « *Quum omnibus in aliis vectigalibus, Asiae, Macedoniae, Hispaniae, Galliae, Africae, Sardiniae, ipsius Italiae, qua vectigalia sunt; quum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse.....* » De même Caton, au livre premier de ses « *Quaestiones Epistolicae* », signale l'existence de cette action pour le paiement de la solde due aux soldats : « *Pignoris capio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat, vocabulum seorsum fit* ». (Rapporté par Aulu-Gelle, Nuits Attiques, VI, 10, 25¹.)

Si nous ajoutons à cela que Gaius (IV, 28 et 29) nous atteste dans ces deux cas l'existence de la *pignoris capio*, nous pouvons en conclure que les témoignages de Cicéron et de Caton peuvent au plus haut point valoir comme preuve de la persistance de ce *modus agendi* à l'époque post-aebutienne. Signalons enfin une inscription trouvée à Rome, dont nous avons déjà parlé, à propos de la *manus injectio*, et qui atteste, au VII^e siècle, la coexistence de ces deux procédures d'exécution.

4^o Le grammairien Valerius Probus, dans la partie de son petit traité consacrée aux formules exprimées par des initiales dans les actions de la loi, nous rapporte la formule de la *judicis postulatio* :

*T. PR. I. A. V. P. U. D. te, praetor, judicem arbitrumve postulo uti des*².

D'un autre côté Cicéron, raillant dans l'O. pro Murena (c. 12 § 27) la science prétendue des juristes, s'exprime de

1. Puchta, Institutionen, L. I, § 163, n. e; — Keller, Civilprocess, § 20, n. 267.

2. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière de traduire les deux premières lettres : T. PR. La leçon que nous suivons est celle donnée par Mommsen dans Keil, Gramm. Latini, 1864, p. 265-276, 347-352; Ernst et Rudorff lisent, l'un *tempore*, l'autre *tempori*. Quoi qu'il en soit, ces divergences ne peuvent d'aucune façon modifier le sens des mots qui suivent.

la façon suivante : « *Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium an perendinum; judicem an arbitrum; rem an litem dici oporteret.* » On peut donc, semble-t-il, conclure que, de même que le « *diem tertium an perendinum* » de l'orateur se rapporte à l'ancienne formule :

I. D. T. S. P. In diem tertium sive perendinum;
de même il faut aussi rapporter le « *judicem an arbitrum* » à la formule : « *Judicem arbitrumve.....* », et décider en conséquence que la *judicis postulatio*, elle aussi, est encore en valeur à l'époque où parle Cicéron ¹.

5° Pour que notre étude fût complète, nous devrions encore nous demander quelle fut, sur la *l. a. per conditionem*, l'influence de la loi Aebutia. Les textes ne nous donnent malheureusement, sur ce point, aucun renseignement, de telle sorte que l'on a pu prétendre que cette action fut abolie par la loi réformatrice ². Rien n'est, croyons-nous, moins certain : il serait étrange, en effet, ainsi que le remarque avec raison Bekker, ³ que l'influence destructive de la loi s'exerçât justement sur le plus récent des *modi agendi*.

Aucun doute ne nous semble donc possible : les textes de l'époque cicéronienne nous attestent une survivance réelle de la procédure orale, et, sinon de tous, du moins de quatre des actions de la loi signalées par Gaius; il en résulte que l'on peut affirmer, avec une certitude presque complète, que la loi Aebutia n'eut aucune influence directe sur le premier et le plus ancien des systèmes procéduraux romains.

1. Keller, *Civilprocess*, § 47. — Bekker, *Ztschr. f. R. G.*, L. V (1866), p. 346.

2. Puchta, *Institutionen*, L. I, § 80, p. 163; — Kuntze, *Excursus*, p. 250.

3. *Heidelb. Krit. Ztschr.*, L. I. p. 257.

CHAPITRE III

La Procédure formulaire après la loi Aebutia.

Les textes cités au chapitre précédent nous ont montré que les *legis actiones* continuent de subsister, dans une assez large mesure, après la réforme aebutienne. Nous devons maintenant faire, en ce qui concerne la procédure formulaire, une étude identique, et nous demander en conséquence quelle est, après la loi Aebutia, la valeur du second des trois systèmes procéduraux que Rome a successivement connus.

Bien qu'elle ait été, comme nous l'avons vu plus haut, mise en doute par Bekker et d'autres auteurs considérables, l'introduction par la loi Aebutia de la pure procédure formulaire dans les procès privés romains ne peut, croyons-nous, être sérieusement contestée. Outre l'argument que nous a déjà fourni en ce sens le paragraphe 30 in f. du commentaire IV des Institutes de Gaius, il est — et c'est un point sur lequel nous devons insister, — tels passages des œuvres de Cicéron qui ne se peuvent expliquer que dans notre hypothèse. Dans ce sens doivent particulièrement être pris en considération l'O. pro Roscio, le second des discours contre Verrès, et le de Oratore¹.

Examinant, dans le discours en faveur du comédien Roscius, le danger de la *plus petitio*, Cicéron déclare que le créancier d'une somme d'argent perdra son procès, s'il demande plus qu'il ne lui est dû; et, ajoute-t-il, c'est la formule qui témoigne de la valeur de la *ea res* :

Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per

1. Une élimination s'impose parmi les œuvres de Cicéron; ne pourront être pris en considération que les passages supposant un véritable procès romain, un *judicium legitimum*, avec action purement civile. Il faut rejeter, par suite, le « pro Tullio », qui envisage une action prétorienne, et tout ce qui concerne, aux Verrines, la procédure provinciale.

judicem..... Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti... (c. 4 § 10). Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex : Si paret HS IOOO dari [oportere]..... (c. 4 § 11).

Les paragraphes 14 et 15 (c. 5) certifient l'importance de la *formula*, qui se présente tout à la fois et comme ébauchant la tâche de l'avocat et comme délimitant les bornes du procès :

Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et spon-sionis, satis etiam judici fecisse videar, cur secundum Ros-cium judicari debeat..... (c. 5 § 14)..... perinde ac si in hanc formulam omnia judicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus..... (c. 5 § 15).

Enfin, les paragraphes 24 et 25, qui mentionnent l'existence de la formule civile de l'action *pro socio*, qui supposent en outre — fait inexplicable dans l'opinion de Bekker — l'exposition publique des formules civiles, ne peuvent certainement avoir été écrits que sous l'empire de la pure procédure formulaire :

Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut (in) ratione actionis errare possit, expressae sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accomodatur (c. 8 § 24). Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Ros-cium, quaeso? formulam non noras? notissima erat..... (c. 9 § 25).

D'autres œuvres de Cicéron ne sont pas moins significatives. Peut-être — c'est un point que nous examinerons plus loin, — la mention qui, dans les Verrines (II, c. 12 § 31) est faite de la *formula petitoria*, pourrait-elle valoir comme preuve de l'existence de cette formule dans les

procès civils. De plus, au de Oratore (I, c. 37, § 168), Cicéron nous rapporte qu'il a autrefois obtenu du prêteur pour un de ses clients une *praescriptio* « *ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium antea venisset* ». Or, Gaius (IV. 132) est formel sur le point que les *praescriptiones* sont propres à la procédure formulaire : « *Praescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est* ». Remarquons enfin la mention de l'*exceptio rei in iudicium deductae*¹, qui est tout aussi décisive, car Cicéron ne pouvait y penser que s'il s'agissait d'un procès intenté avec *formula* (Gai. IV. 408).

Il est donc bien établi que la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire coexistent dans l'espace de temps qui va de la publication de la loi Aebutia à celle des lois Julia; ce n'est pas tout : non seulement elles coexistent, mais encore elles concourent, c'est-à-dire que, pour un procès déterminé, les sources nous attestent, tantôt la procédure avec formule orale, tantôt au contraire la procédure avec formule écrite. C'est cette dualité que M. Wlassak a su mettre en relief pour deux cas déterminés, pour l'action en revendication et la procédure d'exécution. Dans ces deux hypothèses, les textes indiquent, tantôt la forme orale (*l. a. sacramento* et *manus injectio*), tantôt la forme nouvelle (*actio per formulam arbitriariam* et *actio iudicati*).

La *formula* de l'action en revendication dans le second système procédural apparaît pour la première fois en 684, dans l'un des plaidoyers contre Verrès (II, c. 12, § 31) :

L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur....

D'un autre côté, l'O. pro Murena (c. 12 § 26) nous

1. Remarquons que l'orateur ne donne pas la teneur réelle de l'exception. Sic, Lenel, Edict und Klageform, p. 404, n. 1.

indique, non sans quelque moquerie, l'ancienne formule orale par laquelle, dans la *l. a. sacramento*, chacune des deux parties en litige affirmait son droit de propriété :

*Fundum Sabinum ego ex jure Quiritium meum esse aio*¹.

Un seul point, en ce qui concerne la *formula petitoria* de Cicéron, peut être considéré comme hors de contestation : l'accusateur de Verrès n'a pas créé cette formule de toutes pièces, il l'a empruntée à une pratique existant à son époque. Mais — et c'est là que commencent les divergences — où Cicéron a-t-il pu trouver le schéma modèle qu'il propose ? La réponse à cette question offre, remarquons-le, au point de vue qui nous occupe, une importance considérable : ce n'est, en effet, qu'au cas où la formule pétitoire émanerait de la juridiction du préteur urbain, qu'il y aurait coexistence de deux, — de trois même en comptant la procédure *per sponsionem* — formes de procès pour l'action en revendication : l'action de la loi et la formule. Or, *a priori*, trois solutions sont concevables : la *formula petitoria* que rapporte Cicéron pouvait être proposée soit dans l'album du préteur sicilien, soit dans celui du préteur urbain, soit enfin dans celui du préteur pérégrin.

La première opinion, celle qui déduit la *formula* de l'album sicilien, paraît, au premier abord, la seule admissible : Cicéron ne traite, en effet, dans la partie des Verrines qui nous occupe, que de la juridiction de Verrès comme préteur de Sicile ; pas un mot ne vise les pouvoirs

1. Ce n'est pas tout ; le procès de revendication pouvait s'intenter sous une autre forme, *per sponsionem*. Dans cette procédure, une partie promet à l'autre de lui payer une somme insignifiante (*sponsio praejudicialis*) si cette dernière est reconnue propriétaire et s'oblige pour ce cas, par un autre contrat (*satisfactio pro praede litis et vindictiarum*) à la restitution de la chose et de ses fruits intérimaires. L'opinion générale considère cette procédure comme née sous les actions de la loi. — Cpr. Stintzing, *Verhältniss der legis actio sacramenti zu d. Verfahren durch sponsio praejudicialis*. — Contra Keller, *Civilprocess*, § 25-27. — La procédure *per sponsionem* survécut d'ailleurs beaucoup à celle des actions de la loi, de telle sorte qu'il y a en réalité, en ce qui concerne l'action en revendication, coexistence de trois formes de procédure.

de ses collègues à Rome. Par conséquent, il semble naturel de supposer que la formule pétitoire est envisagée, elle aussi, comme faisant partie de la juridiction de Verrès, déduction qui, du reste, paraît corroborée par l'exclamation suivant la mention du schéma d'action : « *Ejusmodi totum jus praetorium, (ejus modi) omnis res judiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore* ».

Cependant, une lecture attentive du chapitre 12 ne tarde pas à modifier cette impression première, et à rendre évidente l'idée qu'il ne peut s'agir que d'une formule édictée à Rome, disons plus, d'une formule édictée par le *praetor urbanus*.

Tout d'abord, comme le fait remarquer avec raison Wlassak¹, il serait inexact de n'appliquer l'exclamation ci-dessus rapportée qu'à ce qui précède immédiatement, « elle veut seulement dire : c'est d'après cette méthode qu'était organisée en Sicile la juridiction de Verrès ». De plus, l'idée même que poursuit Cicéron dans son chapitre 12 fournit un argument péremptoire en faveur de notre manière de voir. L'orateur commence par faire ressortir le danger que présente l'alliance des préteurs provinciaux tout-puissants avec des juges improbables et faibles :

Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui judicia dant, et eorum, qui judicant, quin nemo vestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det, quem velit, judicem, judex nequam et levis, quod praetor jusserit judicat.

Mais le danger, continue l'orateur, n'existe pas seulement en province; il en est de même à Rome, où le juge, qu'il soit ou non « *et juris et officii peritissimus* » ne peut prononcer que d'après les termes du *judicium* établi par le

1. Röm. Processg., L. I, p. 116.

préteur. C'est alors que se place, sous forme de question adressée aux jurés, la formule indiquée et l'usage qu'en peut faire le judex : *Si judicium sit ejusmodi L. Octavius judex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur..... non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat?*

Quelle est, de plus, la nature des divers éléments du procès? Il s'agit d'un fonds sis aux portes de la ville; les parties, les juges, sont des citoyens; le droit en vertu duquel est intentée l'action appartient au pur droit civil, accessible aux seuls Romains, comme le montrent les paroles consacrées : *ex jure Quiritium*. Enfin, « l'intention de Cicéron est évidemment d'épouvanter d'une façon salutaire les jurés de la *quaestio* de la puissance des prêteurs », en les prenant « à l'endroit sensible »; cet effet serait-il produit valablement par le choix de toute autre formule qu'une formule ressortissant de la juridiction du préteur urbain?

La conclusion s'impose donc d'elle-même : le schéma d'action que l'orateur propose comme exemple aux jurés ne peut être pris ni dans l'album du préteur sicilien, ni dans celui du préteur pérégrin, il ne peut faire partie que de la pratique du *praetor urbanus*.

Par là se trouve démontrée, pour le temps où parle Cicéron, c'est-à-dire pour l'époque post-aebutienne, la coexistence des deux systèmes de procédure pour l'action en revendication. En est-il de même en ce qui concerne la procédure d'exécution?

Sous les actions de la loi, l'exécution au profit de celui qui avait obtenu un jugement était poursuivie, sinon dans les actions réelles, du moins dans les actions personnelles, par la *legis actio per manus injectionem* : le créancier avait le droit d'agir à nouveau pour s'emparer de la personne

de son débiteur qu'il pouvait vendre comme esclave ou même mettre à mort aux époques primitives, et cette action lui permettait d'atteindre les biens, soit directement au cas de mort ou de *capitis deminutio*, soit indirectement au cas d'arrangement amiable toujours possible.

La procédure nouvelle connaît, d'une façon générale et abstraction faite de quelques cas particuliers, quoique importants, une procédure d'exécution sans formes avec une *actio judicati* qui n'est qu'une simple transposition en formule écrite de sa devancière. Ce mode d'exécution peut-il déjà se découvrir dans les textes post-aebutien, de telle sorte qu'il concourrait avec la *manus injectio* dont plusieurs documents nous ont encore, pour cette époque, attesté l'existence?

Remarquons que la seule découverte, dans les textes postérieurs à la loi de réforme, d'une exécution non solennelle, ne peut nous permettre de conclure à cette coexistence qu'au cas où l'*actio judicati* repose sur le *jus civile*; si l'action n'est accordée que par le *jus honorarium*, la valeur légale de la *manus injectio* ne peut alors avoir été atteinte par la loi Aebutia. Or, si la procédure d'exécution sans formes nous est indubitablement attestée au début du VIII^e S., les controverses sont vives en ce qui concerne l'existence d'une formule civile de l'*actio judicati*, et des auteurs considérables l'ont niée non seulement pour l'époque antérieure, mais encore pour l'époque postérieure à l'organisation julienne.

La loi Rubria de Gallia Cisalpina, découverte vers 1760 dans les ruines de l'ancienne Veleia, constitue pour l'étude de la procédure au début de la période formulaire un document de la plus haute importance. Cette loi, relative à l'administration judiciaire de la Gaule Cisalpine, rendue fort probablement de 705 à 710¹, ne nous est parvenue

1. La loi est certainement postérieure à l'année 705, où le droit de cité fut concédé aux habitants de la Gaule Cisalpine. La plupart des auteurs

qu'en partie : deux des fragments conservés, les chapitres XXI et XXII sont particulièrement importants pour la solution de la question qui nous occupe.

Le chap. XXI vise le cas où l'action intentée est une *actio certae creditae pecuniae* : lorsque le défendeur aura fait une *confessio in jure*, n'aura pas répondu ou aura refusé de se défendre, les magistrats municipaux ont le droit d'accorder, pourvu que le taux de la demande n'ex-cède pas leur compétence, l'exécution sur la personne (*duci jubere*), comme s'il y avait jugement. Le chap. XXII, à propos des actions autres que les actions *certae creditae pecuniae*, vise les mêmes hypothèses et prescrit de renvoyer l'affaire devant le préteur de Rome¹, qui accordera le *duci jubere* ou une *missio in possessionem*.

Comment donc était poursuivie cette exécution personnelle accordée soit par le magistrat gaulois, soit par le préteur? En vertu de la concordance admise plus haut par nous entre les institutions de province et celles de Rome, aucun doute n'est possible; les mêmes règles devaient, dans l'un comme dans l'autre cas, régir cette exécution; mais en quelle forme avait-elle lieu? Le *duci jubere* de la loi Rubria est-il la conclusion de la *l. a. per manus injectionem*, ou devons-nous y voir au contraire le principe nouveau de l'exécution sans formes? La critique allemande paraît divisée sur cette question².

qui l'ont commentée supposent en outre qu'elle est postérieure à l'an 712, date à laquelle eut lieu la réunion de la Gaule Cisalpine à l'Italie; Mommsen, au contraire (C. I., L. I, p. 418), conclut, avec raison croyons-nous, du nom de Gaule Cisalpine donné par cette loi au pays qu'elle régit, qu'elle est antérieure à cette réunion. Les commentaires principaux de la loi Rubria ont été donnés par Mommsen, Staatsrecht, L. III^e, p. 815-818; Puchta, Kleine civilistische Schriften, p. 318-344; Karlowa, R. R. G. I, p. 440-443. On consultera aussi avec fruit, sur les chap. XXI et XXII, Deme-lius, Die Confessio im römischen Civilprocess, p. 127-164.

1. Sans aucun doute, le préteur en question est le *praetor urbanus*, puisque les habitants de la Gaule Cisalpine étaient citoyens romains.

2. Mommsen (Bekkers Jahrbuch d. gem. Rechts, L. II, p. 332) semble bien considérer la *ductio* de la loi Rubria comme la conclusion d'une *l. a. per manus injectionem*, lorsqu'il appelle le *duci jubere* de cette loi

Nous croyons pourtant qu'il y a, en faveur de la seconde hypothèse, une forte présomption de vraisemblance résultant de ce fait que l'on ne rencontre dans la loi aucune règle particulière sur la poursuite de l'exécution: or, si celle-ci avait dû avoir lieu *per manus injectionem*, un tel silence serait inexplicable. Par suite, nous croyons pouvoir affirmer comme presque certaine l'existence de l'exécution personnelle sans formes et pour la Gaule, et pour les affaires gauloises portées devant le préteur urbain, et, enfin, pour les procès privés entre citoyens.

Mais, comme nous l'avons vu plus haut, la question n'est pas ainsi entièrement résolue: nous devons encore nous demander si l'exécution dont il s'agit ressortait de l'*imperium* du préteur ou était accordée par le droit civil, si l'*actio judicati* qui, dans la forme nouvelle, doit remplacer la sentence solennelle, appartenait au *jus honorarium* ou au *jus civile*; ce n'est qu'au premier cas que la valeur légale de la *manus injectio* aurait été limitée par la loi Aebutia.

Or, Bethmann-Hollweg, Lenel et Brinz¹ ont cru pouvoir contester l'existence de l'*actio judicati* sous sa forme civile, non seulement pour l'époque post-aebutienne, mais encore pour l'époque post-julienne, en s'appuyant sur ce fait que l'album d'Hadrien ne semble présenter cette action que sous sa forme honoraire.

Si cette opinion était exacte, les textes contemporains d'Hadrien ne devraient jamais nous indiquer qu'une *actio judicati praetoria*; or, il en est tout au moins un, fort important et d'une authenticité incontestable, qui atteste l'existence d'une *actio judicati civilis*, c'est le paragraphe 180 (Comment. III) des Institutes de Gaius: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio*

¹ « l'exécution ordinaire et solennelle », Demelius (Confessio, p. 129) au contraire, dit, parlant de la loi Rubria: « L'époque des *legis actiones* ne se trouvait pas encore si lointaine. »

² J. Bethmann-Hollweg, Civilprocess, L. II, p. 635, n. 29; — Lenel, Edict, p. 385; — Brinz, Ztschr. f. R. G. R. A., L. XVII, p. 175.

fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.

Gaius nous indique, dans ce passage, les transformations successives par lesquelles passe, au cours des différentes phases du procès, l'obligation du défendeur : il était tenu d'un *dare oportere* avant la *litis contestatio*; l'arrivée de cette dernière transforme l'obligation en un *condemnari oportere* qui se trouve remplacé, après la *condemnatio*, par un *judicatum facere oportere*. Par conséquent, l'adage *ante litem contestatam*. ... signifie que l'obligation déduite *in iudicium* est éteinte et qu'il résulte de la sentence une autre obligation, le *judicatum facere oportere*; l'extinction se produit *ipso jure* (Gai. III. 181), c'est-à-dire par le droit civil, et la nouvelle obligation est une obligation civile : c'est ce que montre Gaius (III, 173), en appliquant l'*imaginaria solutio per aes et libram, si quid ex judicati causa debeatur*. Mais, si l'obligation résultant du jugement est une obligation civile, la nature de l'action résultant de ce même jugement au profit du demandeur doit être nécessairement la même, « puisque la première n'est que le reflet de la seconde, puisque l'obligation n'est rien autre chose qu'un *actione teneri*¹ ».

La question n'est pourtant pas ainsi entièrement résolue. Il est bien établi que l'*actio judicati* civile est connue de Gaius, par conséquent déjà sous Hadrien; mais quelle est la date de naissance de cette institution? Doit-elle être attribuée au droit julien? Faut-il, au contraire, admettre qu'elle fut introduite par la législation aebutienne, de telle

1. Sic, Wlassak, Röm. Processg., L. I, p. 99; — Cpr. Bekker, Zeitschr. f. R. G. L. IX, p. 385-395.

sorte que l'exécution civile sans formes concourrait alors véritablement avec la *manus injectio*? La réponse ne peut être que douteuse, parce qu'aucun texte ne nous donne d'indications précises. Il semble pourtant que l'on puisse, avec quelque vraisemblance, affirmer « que la formule écrite de l'*actio judicati* civile doit être attribuée au droit antejulien », et ce par la considération d'un passage de Gaius que nous avons déjà mentionné ci-dessus : *Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam.....*

M. Voigt¹, dont nous partageons, mais sur ce point seulement, l'opinion, estime que cet adage est étranger à l'ancien système de procédure, et qu'il n'a dû être créé par les juristes qu'à une époque relativement plus jeune : « en particulier, l'idée de la transformation du *dare oportere* en un *condemnari oportere* ne peut s'être autrement formée que par la considération de la formule écrite, qui annexe à l'*intentio* conditionnelle de la procédure des *legis actiones* l'instruction de *condemnatio* ».

On pourrait objecter que les *veteres* auxquels Gaius attribue l'adage en question sont dans son esprit les mêmes que ceux mis par lui (IV. 14, 31) en rapport avec la procédure des actions de la loi. Rien n'est, croyons-nous, moins exact; il serait évidemment arbitraire d'entendre par *veteres*, chaque fois qu'un auteur emploie ce mot, toujours et partout les mêmes personnes; un auteur qui parle des « anciens » remonte plus ou moins loin dans le passé, selon la variété des circonstances.

Deux faits semblent donc établis : Gaius parle des juristes anciens, mais ces derniers n'ont pourtant pu créer l'adage sous la procédure des actions de la loi; on peut donc déduire de là que l'introduction de la formule écrite de l'*actio judicati* est nécessairement postérieure à la loi Aebutia, mais doit se placer toutefois à une date assez éloi-

¹ 1. Jus naturale, L. III, p. 1078-1079. Wlassak, op. cit., p. 100 et 101.

gnée de celle de la rédaction des Institutes; par conséquent, qu'elle peut, selon toute vraisemblance, être placée dans l'époque intermédiaire dont nous nous sommes proposé d'étudier le droit.

La dualité de procédure ne nous est attestée par les textes d'une façon péremptoire que pour les deux cas précédemment examinés : action en revendication et procédure d'exécution; il en était certainement de même en d'autres hypothèses, mais l'état des sources ne nous permet pas d'obtenir avec une entière certitude un tableau, sinon intégral, du moins satisfaisant, du droit procédural en vigueur à l'époque post-aebutienne. Toutefois, il est possible sur un point encore, en matière de pétition d'hérédité, de conclure avec quelque vraisemblance à la coexistence et de l'ancien système des actions de la loi et du système formulaire.

Une chose est certaine : la formule pétitoire de l'action en revendication de succession ne fait pas encore partie, en 684, de l'album du préteur urbain. Cicéron en effet, dans une critique qu'il dirige contre un édit de Verrès, ne nous indique que deux moyens d'*agere in hereditatem* (Verr. I. c. 45 § 115) : *Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem : aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret; ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri, et nos semper usi sumus.*

Le témoignage de Cicéron pourrait être, sur ce point, fortifié par une décision d'un de ses contemporains, Q. Mucius (D. XL, 7, l. 29 § 1) qui paraît bien n'avoir eu en vue qu'un procès avec formule orale, s'intentant par voie de *sacramentum in rem*.

Mais, si l'évolution qui devait aboutir à la procédure *per formulam petitoriam* n'est pas encore achevée en ce qui concerne la pétition d'hérédité, l'héritier n'en possède pas moins, comme nous le montre le texte précité de

Cicéron, deux procédés pour se faire mettre en possession : la *l. a. per sacramentum in rem* et la procédure *per sponsionem*. Or, il semble que cette dernière ait pu être, sinon créée, du moins utilisée pour éviter l'action de la loi, et obtenir l'instruction de l'affaire par voie de formule écrite (Gai. IV. 93). Nous devons toutefois reconnaître que cette manière de voir n'est pas à l'abri de toute critique : il peut se faire, en effet, que la formule écrite soit, pour l'action *in rem*, plus récente que la *sponsio* ; dans ce cas, on aurait agi *lege*, à l'époque post-aebutienne, sur la base de la *sponsio*, ce qui existe encore sous Gaius, lorsque la cause est portée devant le tribunal des centumvirs (Gai. IV. 94).

CHAPITRE IV

La nature de la réforme aebutienne. — Faculté d'élection procédurale.

Les recherches précédentes nous ont permis de poser en principe que, dans l'espace de temps qui va de la loi Aebutia aux deux lois Julia, on remarque, non seulement une coexistence, mais encore, dans certains cas, un concours de la formule orale et de la formule écrite, de la procédure des actions de la loi et de la procédure formulaire. Comment expliquer ce fait de façon satisfaisante ? Autrement dit, quelle est la portée exacte de la réforme aebutienne¹ ?

C'est un fait remarquable et caractéristique que « les Romains, à la fois inventifs et prudents, préféraient souvent dans leurs réformes juxtaposer l'institution nouvelle à l'institution ancienne, édifier sans rien détruire, et laisser

1. Les réponses à cette importante question sont nombreuses ; voir Keller, *Civilprocess*, § 23, n. 271 ; — Huschke, *Multa*, p. 496-500 ; — Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, p. 380, n. 89, 1 ; Wetzels, *Vindicatio*, p. 71.

le choix aux intéressés, au lieu de substituer d'autorité un régime à un autre¹ ». Les changements subits de législation répugnaient essentiellement à la nature romaine; la création de règles juridiques nouvelles n'entraînait pas nécessairement l'abolition du régime qu'elles étaient destinées à remplacer; on maintenait l'ancien à côté du nouveau; on laissait en quelque sorte, comme le dit M. Wlassak, mûrir le progrès.

Nombreux sont, dans l'histoire de la procédure, les témoignages de cette idée; c'est ce que nous allons voir avant d'examiner — résumé des recherches conduites au chapitre précédent — si la réforme aebutienne ne présente pas une nouvelle application de ce phénomène, si elle n'en peut être considérée comme une manifestation particulière.

Des recherches relativement récentes² permettent de conclure que, déjà à l'époque des actions de la loi, la création de nouveaux modes d'agir n'entraînait nullement l'abolition des anciennes formes de procédure. Il est peu probable que la *judicis postulatio* ait, pour un cercle quelconque d'actions, été mise plutôt à la place qu'à côté du *sacramentum*; une interprétation impartiale de Gaius (IV. 20) ne peut du moins conduire qu'à l'idée d'un concours électif entre ces deux *modi agendi* dans tous les cas d'un *dare oportere*. Il en est de même pour la *condictio* créée par les lois Silia et Calpurnia pour des hypothèses où l'on pouvait déjà, nous dit Gaius, agir par *sacramentum* ou *judicis postulatio*; s'il est vrai, comme l'a montré M. Baron, que la *condictio* de l'époque classique (Dig. XII, 1, l. 9) se présente avec un caractère concurrent, il semble que l'on puisse chercher dans l'ancien droit l'origine de cette idée, confirmée par ce fait que Gaius (IV. 95) atteste encore pour un cas particulier de *dare oportere* l'usage de

1. Girard, N. R. H., 1889, p. 299.

2. Schmidt, Z. f. R. G. R. A., L. XV. p. 150-154; — de Ihering, Scherz und Ernst, p. 205 et s. — Baron, Die condictionen.

la procédure du serment dans la période post-julienne; or, il est peu croyable que les lois Silia et Calpurnia aient abrogé l'action de serment au cas de *certa pecunia*, car il faudrait alors supposer, en présence du texte de Gaius, une résurrection de ce mode de procédure, ce qui est absolument inadmissible.

Cette idée du concours de deux formes de procédure nous est encore attestée par la loi Acilia Repetundarum¹, édictée dans le but de réprimer d'une façon plus satisfaisante les concussions des magistrats déjà visées par les lois Calpurnia et Julia; l'action intentée quitte son caractère civil pour devenir une action publique, une nouvelle procédure est organisée; cependant les lois précédentes ne sont pas abrogées et la procédure du serment qu'elles organisaient subsiste concurremment avec la nouvelle organisation.

Le droit pénal de police nous offre encore un exemple de cette faculté d'élection procédurale. Certains délits, comme le dépôt d'immondices, l'apport d'un cadavre ou l'accomplissement d'un sacrifice funéraire dans un bois sacré, étaient originellement punis d'une amende arbitraire, dictée par le magistrat (*multa*); depuis le VI^e S. de Rome, cette amende fut de plus en plus remplacée par une condamnation en justice à une somme fixe, établie d'avance par une loi. A cette époque de transition, un seul et même délit peut être concurremment menacé de l'une ou l'autre peine²; or, le mode de procédure est, pour les deux cas, essentiellement différent : pour l'amende arbitraire c'est, le cas échéant, une action populaire; pour l'amende déterminée à l'avance, c'est une poursuite dans la forme habituelle, par voie de *manus injectio*.

1. Les auteurs sont loin de s'accorder sur les restitutions à faire. Mommsen (C. I. L., t. I, n. 198) est d'un tout autre avis que Rudorff (Abhandl. d. Berliner Akademie, 1861). — Cpr. encore Zumpt, Criminalrecht der römischen Republik, L. II, p. 42-54, 171-173.

2. Voir l'inscription de Luceria, la loi municipale de Tuder, l. 4. 6 (C. I. L., t. I, n° 1409) et la loi latine de la table de Bantia, l. 8. 13. — Cpr. en outre Mommsen, Staatsrecht, L. I, p. 175-178.

Pour quelques interdits et certaines actions, nous trouvons un concours analogue entre deux sortes de procédures, un droit d'option accordé, sous des conditions quelquefois mal connues, à l'une ou l'autre des parties en litige. C'est ainsi que, dans les interdits exhibitoires et restitutoires, le défendeur a le droit de repousser la procédure *per sponsionem*, en sollicitant du magistrat, aussitôt après la prononciation de l'interdit, la nomination d'un arbitre. Cicéron (*pro Tullio*, c. 23 § 53) connaît déjà ce droit d'option, qui peut amener la cause devant des juges différents : la formule arbitraire sera toujours portée à un juge unique, tandis que la procédure *per sponsionem* se déroule tantôt devant un juge unique, tantôt devant un jury de récupérateurs. Ces derniers, qui n'appartiennent plus uniquement, à l'époque à laquelle nous nous plaçons, à l'administration de la justice pérégrine, concourent avec le juge unique à trancher les contestations entre citoyens qui leur sont renvoyées par le préteur ; or, une différence de juridiction entraîne nécessairement avec elle une différence et dans la procédure et dans les effets de cette procédure. C'est un droit d'option identique que nous atteste, probablement, la comparaison d'Aulu-Gelle (XX, I. 13) et de Gaius (III. 224) en ce qui concerne l'action d'injures. Nous devons pourtant remarquer, relativement à ce dernier cas, qui n'était peut-être pas le seul, que nous ne connaissons aucun des principes régissant le droit d'option.

Il est donc certain que le principe de l'option entre deux formes diverses présente, dans le droit procédural romain, des applications importantes. Faut-il aller plus loin encore ? Le droit aebutien ne pourrait-il être considéré lui-même comme un droit conciliant, ne faisant que consacrer d'une façon plus large cette idée, si chère aux Romains, d'une faculté d'élection du plaideur pour la forme orale ou écrite de l'instance ? Avant de répondre à cette question, nous allons brièvement résumer les résul-

tats auxquels nous a conduit l'étude du droit procédural de la fin de la République, postérieurement à la publication de la loi Aebutia.

Tout d'abord, pour la procédure des actions de la loi, on peut considérer comme certaine, à l'époque de Cicéron, la persistance de trois au moins des cinq *modi agendi* qui nous sont attestés par Gaius. L'existence du *sacramentum*, qui n'a même pas été abrogé par les lois Julia, n'a pas besoin d'être démontrée; celle de la *manus injectio* ressort suffisamment de la *lex coloniae Genetivae*; Cicéron enfin (pro Murena, c. 12 § 27) semble bien parler de la *judicis postulatio* comme d'une institution valant encore à son époque. Quant à la *pignoris capio*, son existence est rendue, sinon certaine, du moins probable, par la mention qu'en font Cicéron (Verr. III, c. II § 27) et Caton qui, dans une phrase rapportée par Aulu-Gelle (VI, 10, 25) en parle comme d'une institution encore vivante. Il n'y a que la *condictio* pour laquelle nous ne trouvions aucun témoignage; mais, si l'on tient compte de ce fait qu'aucun des passages par nous utilisés n'a été écrit dans le but de renseigner directement sur la question qui nous occupe, alors se fortifie l'idée qu'il serait singulier que la seule action de la loi abrogée par la réforme aebutienne fût justement la plus récente en date.

De plus, certains textes littéraires de la même époque nous indiquent des formules orales pour la protection de certains droits; il en est ainsi pour les actions *furti nec manifesti*, *familiae erciscundae*, *rationibus distrahendis*, *de pauperie*, *auctoritatis*. Sans doute, une telle énumération est insuffisante et ne pourrait, semble-t-il, nous permettre de conclure à la généralité de l'emploi de la forme orale; mais si l'on considère, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que notre connaissance du droit procédural aebutien repose uniquement sur des observations occasionnelles, nous croyons pouvoir affirmer que, de tout cet ensemble

de matériaux, résulte suffisamment l'idée que la procédure des actions de la loi demeure dans son intégralité, après la réforme du vi^e s., pour protéger tous les droits; il nous semble donc impossible d'adhérer à l'opinion d'après laquelle la loi Aebutia aurait écarté les *legis actiones* pour certaines actions en les conservant pour d'autres; le système ancien subsiste, et ce dans son étendue primitive. Mais, d'un autre côté, nous avons démontré, par des arguments tirés en grande partie des œuvres de Cicéron, que non seulement la procédure écrite coexiste avec la procédure orale (O. pro Roscio, c. 4, 5, 8, 9; — De Oratore, I, c. 37), mais encore que toutes les deux concourent, c'est-à-dire que, dans certains cas, nous trouvons tantôt l'une, tantôt l'autre des deux formes : le second des plaidoyers contre Verrès mentionne en matière de revendication la *formula petitoria*, tandis que l'O. pro Murena certifie l'existence des mots sacramentels par lesquels, dans l'ancien droit, chacune des parties affirmait son droit de propriété; il est possible que le même concours existât, sinon entièrement, du moins en partie, en ce qui concerne l'action en pétition d'hérédité; enfin, nous avons admis, en nous fondant sur les chapitres xxii et xxiii de la loi Rubria, l'existence d'une formule civile de l'*actio judicati*, alors que l'ancienne procédure d'exécution *per manus injectionem* est encore, et pour la même époque, en usage. Comment expliquer ce phénomène de concours qui semble, au premier abord, être une étrange anomalie?

Les considérations que nous avons développées au début de ce chapitre vont nous aider à résoudre cette énigme apparente. Nous ne trouvons, sur ce point, qu'une manifestation particulière de l'idée, plus haut indiquée, d'après laquelle la création d'institutions nouvelles n'entraîne pas, comme conséquence nécessaire, l'abolition complète du régime antérieur; on édifie sans rien détruire, on laisse aux intéressés le droit de choisir la forme en laquelle ils

veulent défendre leurs droits. De même que, dans certains cas, le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio* se présentent concurremment au plaideur; de même que le magistrat concussionnaire peut être poursuivi soit par une action civile, soit par une action publique, et qu'un même délit peut être puni de façons différentes; de même enfin que la procédure de certains interdits et de quelques actions nous atteste une faculté d'élection accordée à l'une ou l'autre des parties; de même, après la réforme aebutienne, les plaideurs eurent le droit d'agir soit dans la forme nouvelle, soit dans la forme ancienne. La loi Aebutia se montre tout à la fois créatrice et destructive; elle crée le mode nouveau de procéder, les *concepta verba*, la formule écrite; elle abroge la *legis actio*, mais en tant seulement que « les formules orales et autres solennités ne furent plus dès lors obligatoires ».

Mais, avec le temps, les avantages du nouveau système s'imposèrent et l'emploi de la forme orale ne subsista plus que dans quelques rares hypothèses; une autre réforme fut alors possible; on put, abstraction faite de deux cas exceptionnels, consacrer législativement l'autocratie des *verba concepta* et rejeter dans le domaine des institutions mortes « *omnis illa duodecim tabularum antiquitas* ». Ce fut l'œuvre des lois Julia.

CHAPITRE V

Étendue du droit d'option. — Les tribunaux.

La denegatio legis actionis.

Le rapport historique des divers juges romains (*judices privati, decemviri, centumviri*) les uns avec les autres ne nous est qu'imparfaitement connu, mais n'en a pas moins donné lieu, de la part de Keller et des auteurs qui l'ont

suivi, à des assertions « courtes mais explicites ». Les *decemviri*, dit-on, existaient seuls à l'origine et constituaient aux premiers temps de Rome, « la magistrature dans tous les procès réguliers » : puis le tribunal des *centumviri* vint, dans une certaine mesure, limiter la compétence *decemvirale*, jusqu'à ce qu'enfin une loi *Pinaria*, de date ignorée, fit passer pour la plus grande partie aux *judices privati* les affaires portées devant les *centumvirs*¹.

Ces assertions hardies, suivies, en partie ou en totalité, par plusieurs romanistes modernes, reposent sur cette idée qu'il faut assigner aux collèges judiciaires une origine lointaine, de beaucoup antérieure au VI^e siècle de Rome et qui même, affirment certains, pourrait se placer dans la période obscure qui précède l'établissement de la République. Rien ne semble moins certain.

Tout d'abord, et en dehors d'une identification qui nous paraît douteuse, les *judices decemviri* n'apparaissent dans les sources qu'au début du VII^e siècle, avec un caractère nettement judiciaire, sous le nom de *decemviri litibus* ou *stlitibus judicandis*. Beaucoup d'auteurs pourtant, parmi lesquels Mommsen², font remonter cette institution au début du IV^e siècle de Rome, en s'appuyant sur une loi que Tite-Live (III. c. 5) attribue aux consuls de l'année 303, Valerius et Horatius, *ut qui tribunis plebis aedilibus judicibus decemviribus nocuisset, ejus caput Jovi sacrum est*.

Les *judices-decemviri* ici indiqués — dit-on couramment, d'après Huschke³, en reliant les deux mots — doivent être ceux dont Pomponius (l. 2 § 29. Dig., I. 2) rapporte l'établissement au début du VI^e S., et que nous attestent aussi, à partir de cette époque, diverses inscriptions. Cependant, la réunion des deux mots a été combattue avec quelque

1. Keller, *Civilprocess*, § 4, p. 21; § 5, p. 24; § 13, p. 59; § 21, p. 106. — Puchta, *Institutionen*, L. I. § 453, p. 439, ne va pas aussi loin que Keller.

2. *Staatsrecht*, L. II, p. 399; moins catégorique que Keller, l. c., p. 22. Mommsen ne désigne son exposé que comme « vraisemblable ».

3. Servius Tullius, p. 593, 596.

vraisemblance par Puntschart¹, dont nous partageons la manière de voir: cet auteur, d'une controverse rapportée par l'historien sur la signification à attribuer au terme *judices*, déduit un argument qui n'est pas sans valeur contre l'opinion courante. Tite-Live nous rapporte, dans les termes suivants, le litige en question : *fuere qui interpretarentur, eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia iisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse judicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod his temporibus nondum consulem judicem, sed praetorem appellari mos fuerit.*

L'interprétation combattue par Tite-Live étend la protection de la loi aux consuls, en leur appliquant aussi le terme *judices* qui, normalement, ne désigne que les juges; donc Tite-Live et les contradicteurs de cette opinion n'appliquent le mot *judices* qu'aux seuls juges, et ne suivent nullement la lecture de Huschke².

La réunion des deux mots en question ne nous paraissant nullement établie, il en résulte que nous ne faisons aucune difficulté de refuser aux decemvirs de la lex Valeria-Horatia un caractère judiciaire; l'assimilation prétendue avec les decemvirs qui nous sont attestés par Pomponius est ainsi démontrée sans fondement, et les deux institutions n'ont de commun que le nom. Si des doutes pouvaient subsister sur ce point, ils seraient rapidement effacés par les considérations suivantes.

Comme le remarque ingénieusement Schwegler³, la garantie de l'inviolabilité, établie par la loi Valeria-Horatia,

1. Civilrecht, p. 82-83; — de même, avant Puntschart, Zumpt, Criminalrecht, L. I², p. 23.

2. M. Wlassak, Röm. Processg., L. I, 440, est d'un autre avis; il nous semble pourtant difficile, si l'on admet la réunion des deux mots *judices* et *decemviri*, de ne pas voir dans les decemvirs dont parle Tite-Live des magistrats judiciaires; la conclusion paraît donc dans cette opinion s'imposer : cette institution peut avoir été l'origine des *decemviri stlitibus judicandis*.

3. Römische Geschichte, L. II, p. 279, 280; L. III, p. 74.

était pleinement inutile pour les magistrats de toute la cité, « parce que leur puissance repose sans cela sur la loi », mais est indispensable pour des magistrats plébéiens : il est donc fort probable que les anciens decemvirs n'ont été que des magistrats de la cité plébéienne¹. Or, les *decemviri stlitibus judicandis* des inscriptions constituent un collège de magistrats accessible aux deux classes, aux patriciens comme aux plébéiens².

On pourrait objecter que le collège indiqué par les inscriptions peut n'être qu'une transformation des decemvirs plébéiens de la lex Valeria-Horatia, qui se serait produite après la conclusion de la paix entre le patriciat et la plèbe ; sans doute, cette paix a permis aux plébéiens l'accès des magistratures patriciennes, a élevé les magistrats de la cité plébéienne au rang des magistrats de toute la cité, mais il ne faut aucunement conclure de là que, à l'inverse, l'accès des charges plébéiennes fût ouvert aux patriciens ; la plébité reste, après comme avant la défaite des nobles, une condition essentielle pour le tribunat et l'édilité de la plèbe, de sorte qu'il paraît injustifié de supposer une transformation des anciens decemvirs.

Enfin, un texte du Digeste, déjà mentionné, vient nous offrir un dernier argument. Dans la l. 2 § 29. Dig. I. 2,

1. Quelle était la nature de ces magistrats ? L'absence de tous renseignements précis laisse le champ libre aux hypothèses : d'après Niebuhr (Röm. Geschichte, II, p. 366-416), il s'agissait d'un autre collège de *decemviri legibus scribundis* à élire par la suite ; O. E. Hartmann (Ordo I, p. 282-285), veut au contraire reconnaître dans les decemvirs de la lex Valeria-Horatia ce même collège supérieur que la légende nous rapporte avoir été renversé par le peuple et qu'il fallait, dit-il, protéger contre la vengeance de la plèbe. « Cette explication, dit M. Wlassak, est peut-être la plus malheureuse de toutes celles qui ont été tentées jusqu'à ce jour. » Est-il croyable, en effet, qu'une loi accorde à de simples particuliers le privilège de l'inviolabilité ? Comment expliquer en outre ce terme de *decemviri* qui désignerait d'anciens magistrats ? Et, de plus, comment concilier cette opinion avec les circonstances connues qui suivirent la chute des decemvirs : l'arrestation, l'emprisonnement d'A. Claudius, son procès, où rien n'indique une violation de la loi Valeria-Horatia ?

2. Cpr. le Corpus inscriptionum latinarum, t. I, n° 38 ; Mommsen, St. R. L. I, p. 344³, 345⁴ ; II¹, p. 606².

Pomponius s'exprime de la façon suivante : *Deinde quum esset necessarius magistratus qui hastae praessent, Decemviri in litibus judicandis sunt constituti.*

Le juriste place l'établissement du *judicium decemvirale* plus de trois siècles après les XII Tables, et nous donne en outre le motif de cette institution : la nécessité d'avoir des magistrats qui présidassent le tribunal des centumvirs.

Cette dernière remarque, à laquelle on oppose Suétone (II. c. 36), a déterminé Mommsen à ne tenir aucun compte du passage tout entier de Pomponius et à méconnaître la date approximative assignée par ce juriste à la constitution du collège decemviral¹. Cette assertion nous semble trop absolue. En admettant que la contradiction affirmée existât réellement, tout ce qu'il est permis en toute justice d'en conclure, c'est que l'une seule des informations de la l. 2 § 29 est inexacte, inexactitude qu'il est, du reste, facile d'expliquer : Pomponius aurait admis comme motif originel ce qui avait cours à son époque.

Par conséquent, et d'après toute vraisemblance, il n'y a aucun rapport entre les *decemviri* de Tite-Live et les *decemviri litibus judicandis* du VII^e s. ; ces derniers sont, en réalité, institués aussi tard que nous l'apprend Pomponius, sans aucune imitation du collège plébéien, dont l'activité, cela est probable, avait depuis longtemps cessé.

En est-il de même du tribunal des centumvirs ? Faut-il nécessairement, avec l'opinion courante, le faire remonter aux origines de Rome, ou tout au moins à une époque fort antérieure au VI^e s. de la fondation ? Ne devons-nous y voir, au contraire, qu'une institution de date relativement récente, de même que le tribunal decemviral ?

S'il faut en croire Bethmann-Hollweg et d'autres auteurs, la haute antiquité du *judicium centumvirale* — dont

1. Mommsen, Staatsr. L. II¹, p. 590, n. 1. — Contra Lange Altertümer, L. I, p. 906, qui montre que l'assertion de Pomponius sur la compétence decemvirale n'est pas nécessairement en contradiction avec le récit de Suétone.

Niebuhr attribue même la création à Servius Tullius — serait attestée par deux faits : tout d'abord, par « le vénérable symbole de la lance » qui lui est particulier, ensuite par la forme dont sont jugées les causes portées devant lui, au moyen de « la forme de procès du très ancien temps (*sacramento*) » ¹. La présence de la *hasta*, dans laquelle on veut voir un criterium d'antiquité, pourrait cependant s'expliquer d'autre façon tout aussi vraisemblable : la compétence des centumvirs ne s'étend, si l'on s'en tient uniquement aux sources, qu'aux affaires de vindication; or Gaius (IV. 16 in f.) nous apprend qu'en de tels procès l'on exigeait, *in jure*, l'usage de la *festuca quasi hastae loco*, c'est-à-dire d'une baguette qui commémorait l'antique souvenir de la lance; cela étant, il n'y a rien de plus naturel que le remplacement de ce surrogat par le symbole originel *in judicio*, devant un tribunal dont la compétence ne s'étendait qu'aux *vindicationes*, parce que ce symbole convenait beaucoup mieux comme marque distinctive.

Le second argument que Bethmann-Hollweg fait valoir : la conservation de la procédure du serment devant le tribunal des centumvirs, n'a pas une valeur plus considérable que le premier, et ne nous oblige nullement à attribuer à ce tribunal une date antérieure à celle de la *lex Aebutia*. Cette loi ayant rendu facultatif l'usage de la *legis actio*, l'emploi de l'ancienne forme de procédure apparaît comme intelligible par lui-même dans toutes les causes qui doivent être tranchées par les centumvirs, et ce en vertu d'une idée que nous préciserons tout à l'heure : la procédure nouvelle avec formule écrite suppose nécessairement la nomination d'un juge par le préteur.

1. Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*. L. I, p. 57, 58; — Niebuhr, *Röm. Gesch.*, I, p. 440-442; — Cpr. encore Zimmern, *Röm. Civilprocess*, p. 38-39; — Karlowa, *Legisactionen*, p. 248-249. — Contre Niebuhr, voir Puchta, *Institutionen*, L. I, § 49, p. 100 et Keller, *Civilprocess*, § 5, p. 22, qui font remonter les *decemvirs* à Servius Tullius.

Ainsi donc, le tribunal des centumvirs est, aussi peu que celui des decemvirs, une institution antique : par là tombe de lui-même l'unique appui que peut revendiquer l'hypothèse de Keller sur le rapport historique des divers juges romains, et nous pouvons dire que, anciennement, et dans tous les cas, sans distinction entre les *modi agendi*, le *judex unus* était le juge habituel, et que les collègues decemviraux et centumviraux n'arrivent que très tard à côté de sa juridiction. Cette assertion est encore fortifiée par les considérations suivantes.

Si l'on fait abstraction de deux cas particuliers (VII, 5; XII, 3), la loi des XII Tables ne connaît que le *judex* (II, 2; — IX, 3); sans doute, les lacunes considérables que présente la loi ne nous permettent pas d'affirmer avec une entière certitude la non-existence, à cette époque, de collègues judiciaires à côté du *judex unus*; mais nous sommes amenés à cette conclusion par l'exposé du système des actions de la loi chez Gaius (IV. 12. 29), de la lecture duquel tout lecteur impartial doit retirer l'impression que le juge unique était, sinon le pouvoir judiciaire exclusif — on trouve, à côté de lui, et dans des cas particuliers, les *tres arbitri*, les triumvirs capitaux, et peut-être les *recuperatores* —, mais tout au moins le juge ordinaire, l'institution habituelle. Ce fait nous est suffisamment attesté, pour la *legis actio sacramenti*, par le § 15 du Commentaire IV : avant comme après la *lex Pinaria*, c'est un *judex* qui déclare de qui le *sacramentum* est *justum* et de qui il est *injustum*. La *judicis postulatio*, déjà connue peut-être à l'époque des XII Tables, est caractérisée, comme son nom l'indique, par la demande d'un *judex* adressée au magistrat. Pour la *condictio* enfin, Gaius dit expressément (IV. 18) : *actor adversario denuntiabat u. ad JUDICEM capiendum die XXX adesset*. Nous ne trouvons, par contre, qu'une mention du collège des centumvirs dans l'exposé que fait Gaius de l'ancien système de procédure, au IV.

16 in f.; bien plus, il nous semble que l'on pourrait déduire de ce passage un argument contre l'existence reculée du *judicium centumvirale* : après avoir expliqué la signification de la *festuca* employée par les deux adversaires devant le magistrat en matière d'action réelle mobilière (*festuca autem utebantur quasi hastae loco,.....*), Gaius ajoute : UNDE in centumviralibus judiciis hasta praeponitur; le mot *unde*, l'opposition du passé (*utebantur*) et du présent (*praeponitur*) semblent bien indiquer que Gaius admet une distance temporelle entre l'institution du *judez unus* et la création du *judicium centumvirale*.

Nous comprenons difficilement pourquoi ces témoignages, qui nous semblent probants, sont passés sous silence par certains auteurs; pourquoi M. Voigt (XII Tafeln, L. I, p. 599, n. 3), pour ne citer qu'un exemple, suppose une compétence des decemvirs ou centumvirs, alors que nous trouvons dans Gaius (IV. 15) le mot *judez* employé six fois au singulier, et que, à trois reprises différentes, ce juriste nous apprend que les parties se rendent *ad judicem*. Gaius ne mérite-t-il aucune confiance parce qu'il écrit sur des choses qui appartiennent à un passé lointain, remarque Wlassak? Admettons que le juriste écrivit sous « l'influence troublante » du droit de l'époque impériale : on devrait, dans ce cas, s'attendre à un récit absolument opposé à celui qui nous est fait : « Gaius aurait dû, dans cette hypothèse, attribuer toutes les causes instruites *sacramento* de toute antiquité à un *judicium centumvirale*, puisque, d'après le droit impérial, les procès instruits en cette forme ne pouvaient plus en réalité arriver que devant le tribunal des centumvirs ».

Les discussions précédentes nous permettent de critiquer encore une idée chère aux partisans de Keller, exprimée tout d'abord par Huschke, d'après laquelle l'instruction par *legis actio*, ou tout au moins par serment, doit être nécessairement suivie du jugement de l'une des deux cours de

justice, soit des decemvirs (Keller et Rudorff), soit des centumvirs (Esmarek et Voigt). Si cette proposition était exacte, s'il était vrai que le plus ancien des *modi agendi* eût comme conséquence nécessaire le débat de la cause devant un collège judiciaire, l'un au moins des deux tribunaux devrait remonter dans le passé aussi loin que cette forme de procédure; or rien, nous l'avons vu, n'est moins exact. Sans doute, sous l'empire, la procédure orale par serment est conservée pour les causes centumvirales et pour elles seules (Gai. IV. 31); mais si, pour ces causes, la nouvelle procédure *per concepta verba* ne peut être employée, c'est en raison d'une idée mise particulièrement en lumière par Sohm (Institutionen, p. 148) : la *formula*, instruction rédigée par le préteur, ne peut valoir que pour le juge désigné par ce magistrat; le préteur ne peut donner d'instructions à des juges dont la nomination ne dépend pas de lui; « où il n'y a pas de *judicis datio*, alors il n'y a pas non plus de formule écrite »; l'instruction contenant la façon dont il doit être jugé est « dans un rapport causal avec l'ordre qu'une personne déterminée jugeât ». Mais il serait inexact de retourner cette proposition et d'affirmer que l'instruction par formule orale doit être nécessairement suivie du jugement de l'un des deux collègues.

De tout ce qui précède il résulte — et c'est l'importante conclusion à laquelle nous voulions arriver — que la compétence du *judex unus*, pour toutes les affaires instruites par l'une quelconque des actions de la loi, est tout aussi vraisemblable que celle des decemvirs ou centumvirs; la présomption que ces collègues sont compétents dans tous les cas où les sources attestent la forme de la *legis actio* pêchant par sa base, nous renverrons aussi devant le juge unique les actions orales que Cicéron mentionne et dont nous avons précédemment parlé (*actio familiae erciscundae, furti nec manifesti, ratio-*

nibus distrahendis etc....), et nous concluerons encore là-dessus que :

« La loi *Aebutia* a accordé le droit d'option entre la formule orale et la formule écrite non seulement dans ces cas où l'on pouvait en même temps opter entre deux tribunaux d'espèce différente, mais aussi là où était seul en perspective le *judicium du judex unus* »¹.

La réforme aebutienne, le droit d'option introduit par la loi s'applique à toutes les actions, sans distinction aucune entre les tribunaux devant lesquels elles doivent être portées; hypothèse hardie peut-être, et qui peut au premier abord paraître téméraire; nous n'avons qu'à renvoyer pourtant aux conclusions déduites dans tout le cours du chapitre précédent pour montrer combien était familière aux Romains l'idée d'accorder aux parties un droit d'option relativement étendu. La concomitance de la *legis actio* et de la *formula*, de la procédure orale et de la procédure écrite, nous est attestée dans certains cas d'indéniable façon, et deux explications de ce fait sont seules possibles. Ou la loi de réforme n'a visé qu'un certain nombre d'actions, écartant pour elles la *legis actio* qu'elle remplaçait par la nouvelle procédure, les autres actions restant ainsi soumises au régime antérieur; ou, au contraire, la loi a, pour toutes les actions, posé le principe de la concurrence élective des deux formes procédurales. C'est cette seconde idée que nous croyons exacte : après la réforme aebutienne, toutes les actions de la loi sont, nous l'avons vu, encore en valeur; d'autre part, l'existence d'un développement du système formulaire est indéniable. Il y a là une énigme dont l'hypothèse de Wlassak donne aisément la clef. Les preuves qui fortifient ce système n'ont pas besoin d'être une seconde fois reprises. Ajoutons cependant une dernière remarque.

1. Wlassak, *Röm. Processg.*, L. I, p. 153.

Après nous avoir indiqué le motif de la mise à l'écart des cinq *legis actiones*, Gaius ajoute : *itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones*. Or, si l'abolition de l'ancien système se fût produite en deux étapes successives, si la loi Aebutia n'avait écarté l'ancien mode de procéder que pour certaines actions, le juriste aurait-il pu écrire ainsi? N'aurait-il pas dû dire, au contraire, par exemple : *itaque aliae per legem Aebutiam, aliae per duas Julias sublatae sunt*, ou toute autre phrase équivalente ¹? Tel que le texte se présente à nous, il est impossible de penser à autre chose qu'à une concurrence de la force abolitive des trois lois relativement à toutes les *legis actiones*, sans distinction aucune. Comment expliquer ce fait que trois lois distinctes et successives aient aboli la même institution? C'est que « la loi Aebutia a rendu superflues les formules orales..... et ce n'est que par les lois Julia qu'elles ont été rendues inapplicables » ².

L'existence de ce droit d'option une fois reconnue, et dans toute cette étendue, une question importante resterait à résoudre : comment était-il exercé? Autrement dit, quelle partie avait le droit de décider de la façon dont la cause serait instruite? N'exigeait-on pas, de plus, un acquiescement du magistrat?

Le défaut de renseignements rend, sinon impossible, du moins fort délicate, une réponse absolument sûre. En effet, parmi les textes que l'on pourrait être tenté d'invoquer, les uns, comme la loi 27 (Dig., L. L, t. 17) sont par trop suspects de tribonianisme pour que l'on en pût tirer un argument valable; d'autres (Dig., L. V, t. I, l. 2, § 1) ne fournissent que des conclusions d'analogie, insuffisantes, croyons-nous, pour baser une assertion de quelque valeur.

Il semblerait donc que la lumière ne pût être faite à ce sujet, et que l'on dût se contenter de cette affirmation peu

1. Sic, Puntchart, Civilrecht, p. 118.

2. Wlassak, l. c., L. I, p. 154.

explicite : le droit aebutien est un droit de transition entre deux formes procédurales différentes, de par la faculté d'option qu'il concède. Pourtant il est possible, sur un point tout au moins, d'aboutir à une affirmation importante et qui, en dépit de quelques critiques, nous paraît absolument certaine.

A l'époque de la domination exclusive de la procédure des actions de la loi, le rôle du magistrat devant lequel se présentent les parties est un rôle d'assistant « sinon purement passif, du moins à peu près mécanique ». Le préteur ne juge pas ; il donne simplement, par sa présence à l'organisation du débat, une sorte d'authenticité indispensable aux actes des parties, et se borne à constater, sans rien de plus, que les paroles et les gestes des plaideurs sont de tous points conformes aux exigences de la loi. Représentant de cette loi, il est tenu de se soumettre, en tout et pour tout, aux règles par elle édictées, de telle sorte qu'il en est comme l'incarnation vivante : « *Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum* » (Cicéron, De Legibus, L. III, c. I). Par conséquent, il ne peut ni accorder l'action quand la loi ne la donne pas, ni la refuser quand la loi l'accorde : il ne peut ni *dare* ni *denegare legis actionem*¹.

Mais, lorsque la loi Aebutia eut créé, à côté de la procédure ancienne des formules orales, la procédure nouvelle *per concepta verba*, il est, croyons-nous, logique de supposer que la faculté d'option des parties fut soumise au contrôle du magistrat en ce sens que celui-ci dut acquérir un droit qui lui faisait jusqu'alors défaut, et « dont la reconnaissance a été la condition même de la juxtaposition de deux procédures » ; il dut être permis, dès lors, au préteur, de refuser son concours à la procédure ancienne quand il

1. Contra, Karlowa, *Legisactionen*, p. 343 ; — Lenel, *Ursprung der Exceptionen*, 1876, p. 41 et suiv.

voulait forcer le demandeur à agir *per formulam*, et de refuser la formule quand il entendait conserver l'ancien système. Le droit de *denegare legis actionem* est ainsi un corrélatif inséparable de celui de délivrer la formule; c'est là l'idée fondamentale de la réforme aebutienne, et c'est de là que procèdent les réformes prétoriennes postérieures : le magistrat ne fut plus, dès lors, l'incarnation rigide de la loi; il put sanctionner des prétentions nouvelles en délivrant des formules pour des prétentions sans base légale; il put aussi méconnaître les prétentions fondées sur la loi, en refusant la *legis actio* sans délivrer de formule.

Les renseignements fournis par les textes sur la *dene-gatio legis actionis* sont conformes à cette manière de voir : alors que rien, dans la littérature du *vi^e s.*, ne révèle que le magistrat ait le pouvoir de refuser l'action quand elle est accordée par la loi, cette faculté apparaît manifestement dès l'année 628, date probable de la réforme aebutienne¹. Il nous paraît donc évident que le droit d'élection procédurale accordé par la loi Aebutia est limité par le contrôle du préteur qui peut, soit refuser l'un des moyens qu'il possède, *legis actio* ou formule, soit accorder l'un en refusant l'autre, soit les dénier tous deux. C'est ainsi que ce magistrat, « appuyé sur l'opinion publique et les jurisconsultes, a pu faire pénétrer dans le domaine du droit toutes les prétentions juridiques nées de conceptions et de besoins nouveaux auxquels l'ancien système refusait une satisfaction légale ».

1. Cpr. sur tous ces points, Girard, la Date de la loi Aebutia, N. R. H., 1897, p. 257-258, 270-271.

Vu,
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu,
Le professeur, président de la thèse,
L. DEBRAY.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Actio. — Judicium. — Judicium Legitimum.

CHAPITRE I. — Divers sens du mot <i>actio</i> . — <i>Actio</i> : procès. — <i>actio</i> : formule orale, puis formule écrite.....	3
— II. — <i>Judicium</i> : jugement, puis formule écrite.....	9
— III. — <i>Judicium</i> : le procès tout entier, et, en particulier, la litiscontestation.....	17
— IV. — Rapport historique des acceptions diverses de <i>judicium</i> . — <i>Judicium</i> et <i>Actio</i> . — Gaius, IV. 109. — Procès et moyen du Procès.....	27
— V. — La légitimité des <i>judicia</i> . — Rapport du <i>judicium legitimum</i> et du <i>judicium imperio continens</i>	35

DEUXIÈME PARTIE

La Réforme Aebutienne.

CHAPITRE I. — Le contenu de la loi Aebutia.....	49
— II. — La valeur de la <i>legis actio</i> après la loi Aebutia.....	55
— III. — La procédure formulaire après la loi Aebutia.....	63
— IV. — La nature de la réforme aebutienne. — Faculté d'élection procédurale.....	75
— V. — Étendue du droit d'option. — Les tribunaux. — La <i>denegatio legis actionis</i>	81

THE HISTORY OF THE

REPUBLIC OF THE UNITED STATES

1. The first part of the history of the United States is the history of the colonies.
2. The second part of the history of the United States is the history of the Revolution.
3. The third part of the history of the United States is the history of the Constitution.
4. The fourth part of the history of the United States is the history of the Union.
5. The fifth part of the history of the United States is the history of the present.

THE HISTORY OF THE

REPUBLIC OF THE UNITED STATES

1. The first part of the history of the United States is the history of the colonies.
2. The second part of the history of the United States is the history of the Revolution.
3. The third part of the history of the United States is the history of the Constitution.
4. The fourth part of the history of the United States is the history of the Union.
5. The fifth part of the history of the United States is the history of the present.

